

ISSN 1825-6678

Quadrimestrale

Anno XVII

Fascicolo 1/2021

**RIVISTA
DI DIRITTO ED ECONOMIA
DELLO SPORT**

2021



Rivista di Diritto ed Economia dello Sport

www.rdes.it

Pubblicata in Nocera Inferiore (SA)

Redazione:

Sports Law and Policy Centre Srls

Via Giovanni Pascoli 54 – 84014 Nocera Inferiore, Salerno

CF/P.IVA 05283020658

www.sportslawandpolicycentre.com - info@sportslawandpolicycentre.com

Proprietario: Sports Law and Policy Centre Srls

Editore: Sports Law and Policy Centre Srls

Provider: Aruba S.p.A. P.zza Garibaldi 8 – 52010 Soci (AR)

url: www.aruba.it

Testata registrata presso il Tribunale di Avellino al n° 431 del 24/3/2005

Direttore Fondatore: Avv. Michele Colucci

Sped. in A. P. Tab. D – Aut. DCB/AV/71/2005 – Valida dal 9/5/2005

RDES ABBONAMENTO 2021

formato cartaceo 200,00 euro

formato e-Book 100,00 euro

L'abbonamento (tre volumi) decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Per abbonarsi è sufficiente inoltrare una richiesta al seguente indirizzo e-mail: info@rdes.it.

© Copyright 2021

SPORTS LAW AND POLICY CENTRE SRLS

Redazione

Direttore Fondatore:	Michele Colucci
Direttore - Responsabile per peer review:	Durante Rapacciuolo
Direttore Organizzativo:	Salvatore Civale
Capi redattore:	Marco Di Domizio (<i>Economia</i>) Salvatore Civale (<i>Diritto</i>)
Assistente di redazione e webmaster:	Antonella Frattini

Comitato Scientifico

Prof. Leonardo Andreotti (*Istituto Brasiliano di Diritto Sportivo – Brasile*)
Prof. Stefano Bastianon (*Università degli Studi di Bergamo – Italia*)
Prof. Luigi Campiglio (*Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Italia*)
Prof. Raul Caruso (*Università Cattolica di Milano – Italia*)
Prof. Virgilio D’Antonio (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Paul De Grauwe (*University of Leuven – Belgio*)
Prof. Valerio Forti (*Università di Poitiers – Francia*)
Prof. Frank Hendrickx (*University of Leuven – Belgium*)
Prof. Fabio Iudica (*Università degli Studi di Milano – Italia*)
Prof. Enrico Lubrano (*Studio Legale Lubrano & Associati – Italia*)
Prof. Filippo Lubrano (*Università LUISS “Guido Carli” di Roma – Italia*)
Prof. Paolo Moro (*Università di Padova – Italia*)
Prof. Lina Musumarra (*Studio Legale Musumarra – Italia*)
Prof. Margherita Pittalis (*Università di Bologna – Italia*)
Prof. Piero Sandulli (*Università di Roma “Foro Italico” – Italia*)
Prof. Giovanni Sciancalepore (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Salvatore Sica (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Maria José Vaccaro (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)

Comitato di redazione

Francesco Addesa; Paolo Amato; Francesco Bof; Mario Calenda;
Giuseppe Candela; Salvatore Civale; Alessandro Coni; Federica Fucito;
Marco Giacalone; Stefano Gianfaldoni; Domenico Gullo; Marco Lai;
Marco Longobardi; Anna Lisa Melillo; Luca Miranda; Francesca Mite;
Fabrizio Montanari; Francesco Lucrezio Monticelli; Luca Pastore; Alessio Piscini; Michele Spadini; Matteo Sperduti; Ruggero Stincardini; Roberto Terenzio;
Tullio Tiani; Flavia Tortorella; Gabriele Toscano; Laura Vasselli; Mario Vigna; Julien Zylberstein.

International Referees

Prof. Paul Anderson, Marquette University Law School
Prof. Leonardo Andreotti, Leonardo Andreotti Advogado
Prof. Borja Garcia, Loughborough University
Prof. Steve Greenfield, University of Westminster
Prof. Deborah Healey Senior Lecturer, University of New South Wales
Prof. Mark James, Salford University
Prof. Steven Jellinghaus, Tilburg University
Prof. Karen Jones, Asser Institute – The Hague (The Netherlands)
Prof. Jean-Michel Marmayou, Université Paul-Cézanne, Marseille
Prof. David McArdle, University of Stirling
Prof. José Manuel Meirim, Universidade Nova de Lisboa
Prof. Marjan Olfers, Amsterdam University
Prof. Alberto Palomar Olmeda, Universidad Carlos III de Madrid
Prof. Guy Osborn, University of Westminster
Prof. Dimitrios Panagiotopoulos, University of Athens
Prof. Carmen Pérez González, Universidad Carlos III de Madrid
Prof. Jacopo Tognon, Padua University

INDICE

Editoriale RDES 1/2021

THE EUROPEAN SUPER LEAGUE SAGA, THE FUTURE OF THE EUROPEAN MODEL OF SPORT AND THE FOOTBALL BUSINESS IN EUROPE by <i>Durante Rapacciuolo</i>	9
--	---

FROM THE “DIRTY DOZEN” TO “THE GOOD, THE BAD AND THE UGLY”.
SOME PRELIMINARY REMARKS ON THE SUPER LEAGUE AFFAIRE
IN THE LIGHT OF EU COMPETITION RULES

by <i>Stefano Bastianon</i>	17
1. Introduction	18
2. Factual background	18
3. Pertinent provisions of FIFA and UEFA Statutes	25
4. The Super League affaire in the light of EU competition rules: some general observations	26
5. Concluding remarks	33

THE EUROPEAN SUPER LEAGUE UNDER THE SWORD AND SHIELD
OF ANTITRUST RULES: A BABY THROWN OUT WITH THE
BATHWATER?

by <i>Andrea Bozza and Enzo Marasà</i>	35
1. Introduction	36
2. The ESL competition: a review of the (un)closed football league	37
2.1 UEFA’s behavior under scrutiny: the <i>inaudita altera parte</i> interim measure by the Juzgado of Madrid	39
2.2 An inglorious “redemption”?	41
2.3 Latest occurrences	43
3. The ESL project from a sporting and corporate perspective	47
3.1 The sporting perspective	47
3.2 The ESL’s legal structure: corporate and financial features	49
4. Sport and EU law: from the so-called “sporting exception” to organising sports and unsanctioned events	49
4.1 Sport and EU law: case-law focusing on Single Market freedoms	50
4.2 Sport and EU law: case-law focusing on sport governance and competition rules	53
5. Antitrust assessment of the ESL project and of the UEFA conduct vis-à-vis the ESL	59

5.1	By object and by effect restrictions of competition under EU law and practice	62
5.2	The ISU case and the role of the “sporting exception” in competition analysis	67
5.3	The ESL agreement and the UEFA contested conduct: two sides of the same coin to assess whether they constitute by object or by effect restrictions of competition	71
5.4	Is a third route possible? The hypothesis of structural separation of regulatory and commercial functions within UEFA	80
6.	Concluding remarks	82

ANALISI ECONOMICA E PROSPETTIVE DEL PROGETTO «SUPER LEAGUE»

di <i>Marco Di Domizio e Raul Caruso</i>	85
Introduzione	86
1. L’evoluzione del contesto economico e finanziario del calcio europeo: una sintesi	87
2. Il profilo economico e finanziario dei club «ribelli»	90
3. Il progetto <i>Super League</i>	99
4. Possibili sviluppi futuri del progetto <i>Super League</i>	102
5. Conclusioni	104
Bibliografia	106

UNA VICENDA SENZA FINE: IL CASO SCHWAZER

di <i>Renato Grillo</i>	109
Introduzione	110
1. Ricostruzione storica della vicenda	110
2. Il diverso regime tra il reato di doping e l’illecito di doping in sede sportiva	115
3. Le diverse regole del procedimento disciplinare antidoping e del procedimento penale per il reato di doping	117
4. Analisi del procedimento di archiviazione e rilievi critici	120
5. I passaggi salienti del provvedimento di archiviazione	122
6. Le possibili strade da percorrere	125
6.1 Il ricorso al Tribunale Federale	125
6.2 La richiesta di grazia	129
6.3 Il ricorso dinnanzi alla Corte CEDU	130
6.4 L’azione civile risarcitoria per danni	130
7. Gli echi mediatici e lo scontro politico	131
8. Riflessioni conclusive	133

IL LODO TAS NEL CASO WADA CONTRO RUSADA: L’ULTIMO CAPITOLO DEL RUSSIAGATE IN MATERIA DI DOPING E LA PROPORZIONALITÀ DELLE SANZIONI

di <i>Mario Vigna, Giulia Vigna, Emanuele Gualtieri</i>	135
1. La vicenda	136
1.1 I McLaren Reports	137
1.2 I Roadmap Requirements	140

1.3	I dati del laboratorio di Mosca	141
2.	Il procedimento dinanzi al TAS	143
2.1	La posizione della WADA	143
2.2	La posizione della RUSADA	145
2.3	Questioni procedurali	145
2.3.1	La giurisdizione del TAS	145
2.3.2	Le modalità del giusto processo	146
2.3.3	Ricevibilità delle richieste emendate dalla WADA	147
3.	Analisi del merito	147
3.1	Forza vincolante del Codice WADA e dell'ISCCS	147
3.1.1	Consenso della RUSADA	147
3.1.2	L'art. 27, para. 2, del Codice Civile svizzero	148
3.2	Applicabilità della procedura accelerata di cui all'art. 9.5 dell'ISCCS ...	149
3.3	L'obbligo della RUSADA di rispettare il Post-Reinstatement Data Requirement	149
3.4	La non conformità della RUSADA con il Post-Reinstatement Data Requirement	151
3.5	Lo standard di prova	151
3.6	Manipolazione dei dati di Mosca	151
3.7	Conseguenze per il Firmatario e condizioni di reintegrazione	152
3.8	Commenti sulle conseguenze per il Firmatario	154
3.9	Altre questioni relative alle conseguenze per il Firmatario	155
3.9.1	Parità di trattamento	155
3.9.2	Diritto della concorrenza	156
4.	Il verdetto	157
4.1	La durata delle sanzioni	157
4.2	Le restrizioni ai rappresentanti del governo russo	157
4.3	Le restrizioni sull'ospitare, fare offerte o ottenere il diritto di ospitare eventi	158
4.4	Le restrizioni sull'uso della bandiera russa	158
4.5	Le restrizioni sulla partecipazione e sulla presenza di atleti russi e personale di supporto agli eventi e partecipazione neutrale	159
4.6	Restrizioni sui funzionari e dirigenti di COR e CPR	161
4.7	Condizioni di reintegrazione	161
4.8	Sanzione economica	163
4.9	Costi del procedimento	165
5.	Rilievi conclusivi	165

UN MOMENTO DIALETTICO TRA ORDINAMENTO SPORTIVO E ORDINAMENTO STATALE: LA RIFORMA IN MATERIA DI LAVORO SPORTIVO

di <i>Giangabriele Agrifoglio</i>	169
1. Considerazioni introduttive	170
2. Una riforma dello sport che non conosce il mondo dello sport?	175
3. Il nuovo lavoratore sportivo	179
4. La disciplina del contratto di lavoro sportivo	185
5. La prestazione sportiva amatoriale	188
6. Brevi cenni sull'abolizione del vincolo sportivo	191
7. Conclusioni	195

LA CLASSIFICAZIONE CIVILISTICA E FISCALE DEL RISARCIMENTO
DEL DANNO ALLA PROFESSIONALITÀ O ALL'IMMAGINE DEL
CALCIATORE: SPUNTI SULLA DIMOSTRAZIONE DELL'ENTITÀ DEL
DANNO AI FINI TRIBUTARI

di <i>Simone Arecco e Davide Marsella</i>	201
Introduzione	202
1. Cenni sul risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore	202
2. Il trattamento fiscale del risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore	205
3. La dimostrazione della natura di "danno emergente" del risarcimento erogato. La più recente giurisprudenza sul tema	208
4. Conclusioni	212

Editoriale RDES 1/2021

**THE EUROPEAN SUPER LEAGUE SAGA, THE FUTURE OF THE
EUROPEAN MODEL OF SPORT AND THE FOOTBALL BUSINESS
IN EUROPE**

by *Durante Rapacciuolo**

The European Super League-ESL birth announcement and all the following actions, declarations, threats of sanctions, backtracking of clubs and a number of press releases from all the parties made an exceptionally tense, verbal and written dispute between the ESL Founding clubs and the national and international football institutions.

In less than a week the dramatic and subversive case looks at least starkly scaled down with all the clubs back to the UEFA home, except the three founding members Real Madrid, Barcelona and Juventus.

Now, the media storm has ceased to let a silent truce install between all the actors. They have chosen to quietly wait for the result of the pending judicial case before the Spanish judges, who have referred the matter to the European Court of Justice to have the relevant EU competition law duly interpreted.

Surely all the European sport people will never forget those days of stark contrast of different ideas and strategies the fighting parties were exposing for the future of the football in Europe, which is vital for the survival of the European Model of Sport.

The dispute did touch the nerve of a very sensitive question the football is facing in Europe and worldwide.

The commercial dimension of the professional European football was the core of the dispute. The corollary issue is the leadership of the organization and management of this modern, fundamental dimension of the football. The dissident ESL clubs believe they are the hard core of the football business and it is up to themselves taking up the leadership to govern the financial resources of the football, setting partly aside the rules and principles of the traditional institutions of the European football.

* Editor in Chief of Rivista di Diritto ed Economia dello Sport (RDES).

In other words, the ESL founding members are convinced that a good number of the best clubs can self-govern an autonomous European competition. This can coexist and prosper in Europe together with the current UEFA championships, which are managed according to the traditional football rules in the framework of the so-called European Model of Sport.

It is noteworthy that the management of Real Madrid, Barcelona and Juventus find themselves on the side of the promoters and defenders of the current highly competitive and commercially profitable professional football, looking more and more like a show business. This can raise billions in revenues from the tickets, media sales and commercial activities and can recruit the best professionals and remain permanently at the top of the national and European competitions.

Apparently, they wish to create a sort of franchised football league, following the American example of closed sport leagues, where the competing clubs play for the yearly, final prize and remain in permanently because the doors of the league are closed. They may show the highest quality football to watch in the stadium, on tv and on digital streamline. Therefore, they attract most of the worldwide fans and with them the biggest part of the financial revenues at stake.

Although, the dissident clubs wish to remain in the national associations and then in the framework of the UEFA system, the ESL founding clubs have nonetheless tried to strike a very subversive shot at the existing, institutional European model of football.

They dare to contest the regulatory monopoly of the sport of the football in Europe. They are convinced of the legitimacy of their initiative under the EU competition laws.

If this is true, the governance of the UEFA football monopoly may infringe those same EU competition rules.

The truth is that these dissident clubs are not alone in challenging the European Model of Sport and its autonomous legal order.

The EU Athletes association is also convinced that the sport is a living phenomenon, which may have evolving models to adapt to its changing conditions as well as those of the societies where the sport is practiced.¹

This means that if the modern sports are more entertainment show businesses than pure amateurish agonism of the Olympic legendary times, the governance of the sport associations must reckon with this fact and recognize the commercial interests of the clubs and athletes.

The ESL story deserves serious legal and economic analyses, which RDES timely carries in this 2021 issue.

Our own comment focuses on the issues of sport policy raised by the dispute between the three clubs and UEFA and national federations.

¹ EU Athletes Response to the Lobby for a 'European sport model', available at [https://euathletes.org/eu-athletes-response-to-the-lobby-for-a-european-sport-model/](https://euathletes.org/eu-athletes-response-to-the-lobby-for-a-european-sport-model/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=eu-athletes-response-to-the-lobby-for-a-european-sport-model) (last visited on 1 July 2021).

The EU competition law's Damocles sword hovers threateningly on the heads of the European football associations. Everyone in the football world is very well aware of this and of the potential political earthquake an EUCJ ruling could trigger.

There is already a EUCJ jurisprudence in this field and we will see soon if the Luxembourg European Court will retain the ESL case and decide to reply to the Spanish judge questions.

RDES keeps an objective, fair and equidistant position on this dramatic question, which *de facto* implies the urge of reforming the European model of sport, with two distinct types of football governance.

RDES cares about football and believes on the advantages of the European model of sport. Notwithstanding, RDES does not ignore the increasing number of EUCJ rulings on the scope and right application of the competition law's provisions in the sport business management.

The regulatory and statutory rules of the sports and football associations clearly need to be reviewed and adapted to the scope of the EU competition law rules.

Nevertheless, we are convinced that all the sports stakeholders should be aware of the grave risks the sports organizations are running and be cautious before attempting to subvert the open and solidarist European Model of Sport, through the judicial and litigious way.

On the contrary, the complex problems of the modern sports features need their collective common understanding by the stakeholders. The latter must agree on the ways and means to achieve an in depth review of the questions and give time to duly assess and debate them in order to finally sort out the most effective and useful proposals and solutions to reset the European sports governance.

This looks the most appropriate methodology in order to adapt in a reasonable way the sports to the irreversible commercial circumstances they live with, while reconcile them with the traditional values and principles of the Olympic and European model of sport.

It must be underlined that the ESL initiative has the merit to let the public opinion see the football commercial, media and marketing dimensions, which co-exist with the so-called values of the sport like the agonism, integrity, solidarity and open competition.

The football is now a huge, financial business based on the clubs' activities on the pitch and out of it.

The richest, best and most competitive clubs have gained a permanent top position in the national and European championships and they have decided to monetize this advantage, cutting off the national and international institutions from the governance of this new championship.

Accordingly, they have created the ESL to promote a football as entertainment show business made by the world best professionals playing for the

richest clubs and aiming to the maximum profit for themselves and, they declare, for the less fortunate football clubs.

Maybe, those clubs are legally entitled to start their own league or competition and therefore promote a reform of the European football. But such an extraordinary change cannot be carried out by the judicial action of three clubs and a ruling of the EUCJ.

Here comes the RDES suggestion to all the concerned stakeholders in this highly sensitive affair.

The parties and the public opinion should take account of the irreversible evolution of the sport of football, notwithstanding the more than a century of existence of the traditional model of the European football.

The stakeholders should accept the challenge of adapting the institutional, statutory, regulatory and financial structures of football to its own realities of the present and possibly the future of this sport.

The football governance cannot ignore the evolution and changes in the world of modern sports. Otherwise, the sport governing bodies risk to pay the price of unexpected and unwanted consequences following the present ESL chaotic dispute.

* * *

Nel presente volume sono pubblicati i seguenti saggi:

FROM THE “*DIRTY DOZEN*” TO “*THE GOOD, THE BAD AND THE UGLY*”.
SOME PRELIMINARY REMARKS ON THE SUPER LEAGUE AFFAIRE
IN THE LIGHT OF EU COMPETITION RULES

by *Stefano Bastianon*

The paper aims at offering a preliminary analysis of the Super League affaire taking into account the legal aspects as well the political ones. According to the Author, the previous case-law of the Court of Justice, although fundamental to correctly understand the problems involved in the Super League’s case, does not provide a complete answer to the relevant and very peculiar questions behind the Super League which call into question the very concept of the European Sports Model.

THE EUROPEAN SUPER LEAGUE UNDER THE SWORD AND SHIELD
OF ANTITRUST RULES: A BABY THROWN OUT WITH THE
BATHWATER?

by *Andrea Bozza* and *Enzo Marasà*

After the impromptu announcement of the Super League and the pathetic drama that saw thousands of fans gather to cry for ‘the end of football’, the set moved

from the squares to the courts. Here is where competition law kicks in as impartial and strict referee of the behaviour of both Founding Clubs and football associations (UEFA above all). The clash sees strictly competition issues intertwined with case-law on the so-called sporting exception and the specificity of sport. That said, no matter how much light competition law and the Court of Justice may shed on the matter, the shadow still remains of a system that needs to be rethought, whatever it takes.

ANALISI ECONOMICA E PROSPETTIVE DEL PROGETTO «SUPER LEAGUE»

di *Marco Di Domizio e Raul Caruso*

Il presente articolo discute il progetto della *Super League* di calcio così come emerso nella proposta dei 12 club «ribelli» nello scorso mese di aprile. L'analisi, in particolare, si concentra su quelli che sono gli elementi cruciali che hanno portato ad una proposta il cui obiettivo è di modificare la governance e l'architettura delle competizioni calcistiche europee. Alla luce dei molteplici cambiamenti che hanno interessato il calcio nell'ultimo ventennio, sulla base del contesto economico attuale profondamente condizionato dalla pandemia da Covid-19, e grazie ai contributi della letteratura economica sul tema, il nostro lavoro cerca di capire se la proposta dei 12 club possa essere considerata come un tentativo «disperato» di una *élite* in forte difficoltà finanziaria, oppure se questa proposta sia un ulteriore passo verso un processo di «americanizzazione» del calcio europeo. A nostro avviso il progetto *Super League* non è stato determinato in primo luogo o soltanto dal rischio di solvibilità dei 12 club, ma come in passato, dalla volontà di escludere l'organizzazione internazionale (UEFA) dal controllo dei crescenti guadagni generati dal calcio. Inoltre, organizzando una competizione «semichiusa», i club puntano a ridurre i rischi finanziari associati alle performance sportive negative. Il fallimento della proposta ne ha rivelato la fragilità poiché una nuova architettura delle competizioni internazionali non può essere considerata la soluzione dei problemi attuali del calcio. A tal fine è necessario adottare una prospettiva più ampia per affrontare temi cruciali quali quelli dei crescenti costi associati ai salari dei calciatori, della polarizzazione dei ricavi, della cristallizzazione dei risultati e della saturazione dei calendari.

UNA VICENDA SENZA FINE: IL CASO SCHWAZER

di *Renato Grillo*

L'autore ripercorre la vicenda riguardante il marciatore italiano Alex Schwazer, campione olimpionico di marcia alle Olimpiadi di Pechino del 2008, coinvolto in una lunga e complessa vicenda di doping culminata con la squalifica di otto anni

inflittagli dal TAS di Losanna. La questione Schwazer è assurda recentemente agli onori della cronaca per gli inaspettati sviluppi della indagine penale che ha particolarmente colpito l'opinione pubblica. L'autore analizza in parallelo le varie tappe processuali della vicenda che hanno caratterizzato il giudizio disciplinare sportivo e quello penale, sottolineandone le diverse peculiarità e mettendone in evidenza i punti di possibile conflitto: una analisi mirata è stata dedicata ai passaggi salienti del provvedimento di archiviazione in sede penale, cui è seguita – anche per un migliore orientamento del lettore – l'indicazione delle possibili iniziative e strategie processuali per giungere ad una soluzione accettabile della vicenda, ponendosi in risalto, da ultimi, gli echi mediatici e la situazione di estrema conflittualità venutasi a creare tra la giustizia penale e quella disciplinare sportiva, con particolare riferimento alle posizioni intransigenti assunte da WADA e WORLD ATHLETICS nei confronti del giudice penale italiano.

IL LODO TAS NEL CASO WADA CONTRO RUSADA: L'ULTIMO CAPITOLO DEL RUSSIAGATE IN MATERIA DI DOPING E LA PROPORZIONALITÀ DELLE SANZIONI

di *Mario Vigna, Giulia Vigna, Emanuele Gualtieri*

Il CAS ha scritto un altro capitolo del Russiagate relativo al doping. Questa volta in gioco c'era il futuro dello sport russo, compresa la possibilità di ospitare competizioni e la futura partecipazione di atleti russi a importanti eventi sportivi come le prossime Olimpiadi estive e invernali. La WADA ha accusato la RUSADA (la NADO russa) di aver alterato e manipolato i dati del laboratorio antidoping di Mosca. Così facendo, la WADA ha accolto le raccomandazioni del Comitato Indipendente WADA secondo cui la RUSADA aveva violato il Codice Mondiale Antidoping in quanto non conforme all'International Standard for Code Compliance by Signatories. Di conseguenza, la WADA ha proposto delle sanzioni per un periodo di quattro anni che non sono state accettate dalla RUSADA. Successivamente, la WADA ha presentato domanda di arbitrato dinanzi alla Camera ordinaria di arbitrato del TAS.

Il collegio arbitrale, dopo aver esaminato numerosi aspetti procedurali e istruttori, ha emesso il lodo accogliendo parzialmente le richieste della WADA. Infatti, pur ritenendo la RUSADA non conforme alla normativa applicabile, il collegio ha fissato la durata delle sanzioni in due anni anziché quattro come richiesto dalla WADA. In particolare, il collegio arbitrale ha fatto specifico riferimento al principio di proporzionalità e alla necessità di trovare un ragionevole equilibrio tra lo scopo perseguito dalla WADA e gli interessi e i diritti dei singoli colpiti dalle misure, compresi gli atleti russi "puliti".

Tanto la WADA quanto la RUSADA si sono dichiarate insoddisfatte del lodo, ovviamente per motivi opposti. A volte, il malcontento di entrambe le parti significa che la decisione è equa. Si spera che questo sia uno di quei casi, specie nell'interesse dello sport russo e mondiale.

UN MOMENTO DIALETTICO TRA ORDINAMENTO SPORTIVO E ORDINAMENTO STATALE: LA RIFORMA IN MATERIA DI LAVORO SPORTIVO

di *Giangabriele Agrifoglio*

Il d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36 ha profondamente modificato la disciplina dei contratti di lavoro sportivo. Il saggio si concentra in particolare su alcune criticità della riforma, che appare per molti versi distaccata dalla realtà “vivente” del mondo dello sport dilettantistico. La riforma sembra infatti non aver tenuto conto delle specificità e del concreto atteggiarsi delle relazioni esistenti nel multiforme mondo dello sport.

LA CLASSIFICAZIONE CIVILISTICA E FISCALE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA PROFESSIONALITÀ O ALL’IMMAGINE DEL CALCIATORE: SPUNTI SULLA DIMOSTRAZIONE DELL’ENTITÀ DEL DANNO AI FINI TRIBUTARI

di *Simone Arecco e Davide Marsella*

Il presente scritto si pone l’obiettivo di fornire un riassunto sulla tematica della qualificazione, ai fini civilistici e fiscali, delle somme erogate a titolo di risarcimento del danno all’immagine e alla professionalità del calciatore professionista. In particolare, si intende analizzare il regime dell’onere della prova che l’Agenzia delle entrate richiede al contribuente al fine di dimostrare se l’importo erogato dal club sportivo al giocatore debba essere assoggettato ad imposizione o meno. Infine, ci si vuole altresì soffermare sulla più recente giurisprudenza di merito che, sul tema, ha fornito alcuni interessanti spunti di riflessione, in special modo in quelle situazioni in cui i pagamenti sotto esame dal Fisco originano da accordi di risoluzione anticipata tra la società sportiva ed il calciatore.

**FROM THE “DIRTY DOZEN” TO “THE GOOD,
THE BAD AND THE UGLY”.**
**SOME PRELIMINARY REMARKS ON THE SUPER LEAGUE
AFFAIRE IN THE LIGHT OF EU COMPETITION RULES**

by *Stefano Bastianon**

ABSTRACT: The paper aims at offering a preliminary analysis of the Super League affaire taking into account the legal aspects as well the political ones. According to the Author, the previous case-law of the Court of Justice, although fundamental to correctly understand the problems involved in the Super League’s case, does not provide a complete answer to the relevant and very peculiar questions behind the Super League which call into question the very concept of the European Sports Model.

Keywords: *European Union – Competition – Sport – Prior-authorization system – Open/closed competitions.*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Factual background – 3. Pertinent provisions of FIFA and UEFA Statutes – 4. The Super League affaire in the light of EU competition rules: some general observations – 5. Concluding remarks

* Professor of European Union Law at the University of Bergamo; Attorney-at-law and CAS Arbitrator. E-mail: stefano.bastianon@unibg.it.

1. Introduction

48 hours after the Super League was announced, a lot of people among stakeholders, sports law experts and sport newsmen too quickly celebrated its death.

Two months later, it is evident that the story is rather different, especially after that:

- (i) a Spanish judge has adopted provisional measures forbidding FIFA and UEFA (and any other associated football body) to adopt, for the duration of the main proceedings, any type of determination against the Super League or against the teams or players participating in the planned new European competition; and immediately afterwards has referred to the Court of Justice for a preliminary ruling pursuant to Art. 267 TFEU;
- (ii) UEFA has started, and soon after suspended, a disciplinary proceedings against Real Madrid CF, FC Barcelona and Juventus FC for a potential violation of UEFA's legal framework.

For those against the Super League, the latter is the attempt of few, rich and powerful football clubs to increase their revenues to the detriment of all other clubs, assuming that the current structure of European professional football must evolve radically in order to cope with the challenges of the near future for its own sake.

For those in favour, the Super League represents the sound and feasible solution to the economic difficulties of the European football and it cannot be blocked by the attempt of UEFA to preserve its monopolistic power on the market of the organization and commercial exploitation of European football clubs' competitions and maximize its profits.

The battle between UEFA and the three "rebel" clubs has now shift from sports administrative and legal context to the European legal ground.

For those who are familiar with the EU competition law's basic principles there is no doubt that the Super League *affaire* is still alive.¹

2. Factual background

On Sunday 18 April 2021, The London Times first revealed that 12 European football clubs were ready to break away from UEFA and form a new competition called The Super League.²

¹ The idea that the reasons and the interest behind the Super League must be carefully taken into account notwithstanding the (temporary) failure of the Super League project is also shared by S. WEATHERILL, *Never let a good fiasco go to waste: why and how the governance of European football should be reformed after the demise of the 'SuperLeague'*, (2021), www.asser.nl/SportsLaw/Blog/ (last visited on 27 June 2021).

² For the sake of truth it must be said that the Super League project is subject the following conditions precedent: (i) recognition of the Super League by FIFA and / or UEFA as a new competition compatible with the FIFA and / or UEFA Statutes; alternatively, (ii) judicial protection by National courts that allows the participation of the founding clubs in the Super League without prejudice to the participation of such clubs in their respective National leagues, tournaments and competitions.

The same day UEFA, the English Football Association and the Premier League, the Royal Spanish Football Federation (RFEF) and La Liga, and the Italian Football Federation (FIGC) and Lega Serie A announced that they would join their efforts to stop this project founded on the self-interest of a few clubs at a time when the European society needs solidarity more than ever. At the same time, they would consider taking all measures at all levels, both judicial and sporting in order to prevent this happening. The ban of the clubs concerned from playing in any other competition at domestic, European or world level was examined with the possible decision of denying their players the opportunity to represent their national teams.³

Later the same evening, Arsenal FC, Atlético de Madrid, Chelsea FC, FC Barcelona, FC Internazionale Milano, Juventus FC Liverpool FC Manchester City, Manchester United, Real Madrid CF and Tottenham Hotspur, nicknamed “the dirty dozen”, announced they have agreed to establish a new mid-week competition, the Super League.⁴

At the same time Andrea Agnelli resigned from UEFA’s Executive Committee and as Chairman of the European Club Association (ECA).

According to the official press release issued by the Super League, the format of the new competition was as follows:

- 20 participating clubs with 15 Founding Clubs and a yearly qualifying mechanism for a further five teams, based on achievements in the prior season;
- mid-week fixtures with all participating clubs still competing in their respective national leagues in conformity with the traditional domestic match calendar which remains at the heart of the club game;
- an August start with clubs participating in two groups of ten, playing home and away fixtures, with the top three in each group automatically qualifying for the quarter finals. Teams finishing fourth and fifth would then compete in a two-legged play-off for the remaining quarter-positions. A two-leg knockout format would be used to reach the final at the end of each May, staged as a single fixture at a neutral venue.

Moreover, as regards the corporate structure of the Super League, it is worthy to note that the European Superleague Company S.L. (“ESC”) is a limited liability company under the Spanish law whose shareholders are the founding clubs and is the sole owner of the Super League. ESC is also the parent company of:

- (i) SL Sports Co S.L., a company under Spanish law in charge of the supervision and management of ordinary sporting, disciplinary and financial stability activities of the Super League;

³ Statement by UEFA, the English Football Association, the Premier League, the Royal Spanish Football Federation (RFEF), LaLiga, the Italian Football Federation (FIGC) and Lega Serie A, available at www.uefa.com/insideuefa/news/0268-12121411400e-7897186e699a-1000—statement-by-uefa-the-english-football-association-the-premier-/ (last visited on 27 June 2021).

⁴ Superleague, available at <https://thesuperleague.it/press.html> (last visited on 27 June 2021).

- (ii) SL MediaCo1, a company under the Spanish law in charge of the supervision and management of ordinary activities related to the worldwide marketing and sale of the audiovisual rights of the Super League;
- (iii) SL CommercialCo, a company under the Spanish law in charge of the supervision and management of ordinary commercial activities of the Super League other than audiovisual rights.

The day after (19 April) is marked by

- (i) the news about the provisional measures asked by the Super League to a Spanish tribunal to protect the clubs from potential disciplinary measures by UEFA and
- (ii) the statement announcing the American bank JP Morgan as the main financial arm of the Super League.

The same day FIFA expressed its disapproval of a “closed European separatist league”, setting outside the traditional football structures and disregarding the fundamental principles of solidarity, inclusion, integrity and equitable financial redistribution. By the same evening, all six English Premier League’s clubs announced their withdrawal from the Super League.

As regards UEFA, its President Aleksander Čeferin, speaking to media, re-stated that “as previously announced by FIFA and the six (continental) federations, the players who will play in teams that might play in the closed league will be banned from playing in the World Cup and Euros, so they will not be able to represent their national teams at any matches”.⁵

The following day (20 April), during the 45th Ordinary UEFA Congress in Montreux, Switzerland, the 55 member associations unanimously approved a declaration strongly condemning the Super League. According to this declaration, the closed Super League is at odds with the very concept of what it is to be European: unified, open, supportive, and principled on sporting values. UEFA and its member associations believe in a truly European model that is founded on open competitions, solidarity and redistribution to ensure the sustainability and development of the game for the benefit of all and the promotion of European values and social outcomes.⁶ In the meantime, AC Milan, FC Internazionale Milano and Atlético de Madrid decided to withdraw.

The same day the Commercial Tribunal n. 17 of Madrid granted provisional measures forbidding FIFA and UEFA (and any other associated football body) to adopt, for the duration of the main proceedings any type of determination against the Super League or against the teams or players participating in the

⁵ UEFA, President Čeferin: Footballing world and society stand united against closed ‘Super League’, available at www.uefa.com/insideuefa/news/0268-1215571df751-a59f73c3216f-1000--president-ceferin-society-stands-united-against-closed-super-le/ (last consulted on 27 June 2021).

⁶ UEFA Congress condemns breakaway plans, available at: www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0268-1215f6bee879-def81eca96d8-1000--uefa-congress-condemns-breakaway-plans/ (last consulted on 27 June 2021).

projected new European competition.⁷ The European Super League Company S.L. asked the Spanish judges to declare that FIFA and UEFA have violated Articles 102 and/or 101 TFEU and accordingly to order FIFA and UEFA to cease any conduct contrary to such provisions.

On 21 April 2021, FIFA and the six confederations (AFC, CAF, Concacaf, CONMEBOL, OFC and UEFA) stated that the Super League would not be recognised by either FIFA or the respective confederation. Any club or player involved in such a competition would, as a consequence, not be allowed to participate in any competition organised by FIFA or their respective confederation.⁸

⁷ In particular, the provisional measures granted are as follows: “1. Ordering FIFA and UEFA to refrain, during the main proceedings, from taking any measures or actions; and issuing any statements, that directly or indirectly prevent or hinder the preparation of the European Football Super League; 2. Order FIFA and UEFA, during the main proceedings, to take, where necessary, any measure or action, and to adopt, where necessary, any measure or action, and to issue, where necessary, any statement or communication, which, directly or indirectly, does not prevent or hinder the preparation of the European Football Super League. 3. Ordering FIFA and UEFA to refrain, during the main proceedings, from taking any measures or actions; and issuing any statements, that directly or indirectly prevent or hinder the start up and running of the Super League and, in particular, the participation of clubs and players in the European Football Super League; 4. Order FIFA and UEFA, in the course of the main proceedings, to take, where necessary, any measure or action, and to issue, where necessary, any statement or communication, which, directly or indirectly, does not prevent or hinder the implementation and development of the European Football Super League. 5. Prohibiting FIFA and UEFA from, directly or indirectly (through their associated members, confederations, licensed clubs or Domestic Leagues), during the main proceedings, threatening, preparing, initiating and/or adopting any type of disciplinary or sanctioning measures (or from directly or indirectly seeking to encourage or incite any third party to bring any claims or proceedings) with respect to the clubs, clubs officials or players that participate in the preparation of the European Football Super League. 6. Prohibiting FIFA and UEFA from, directly or indirectly (through their associated members, confederations, licensed clubs or Domestic Leagues) excluding the clubs and/or players that participate in the preparation of the European Football Super League from any international or domestic club competitions in which they have regularly participated or meet the ordinary requirements to do so; 7. Ordering FIFA and UEFA to instruct, through their own regulatory instruments, guidelines, decisions and directives their associated members (including the national federations), confederations, licensed clubs and domestic leagues to comply, and enforce such guidelines, decisions and directives in case of non-compliance, during the main proceedings, with the orders and prohibitions contained in the foregoing points and, in particular, to instruct them that no breach of the rules or statutes of FIFA’s or UEFA’s, the associated members’ or the domestic leagues’, arising from the preparation of the European Football Super League may be alleged by FIFA’s or UEFA’s associated members, confederations, licensed clubs or domestic leagues as grounds for sanctions, exclusion, claims or any other similar measure, vis-à-vis clubs, clubs officials or players at the level of international or domestic competitions; and 8. Ordering FIFA and UEFA to, in case that any of the actions described in (a) to (e) have already been performed before the granting of this injunction application, carry out any actions required to remove and leave without effects such actions”. See Juzgado de lo mercantil n. 17 de Madrid, 20th April 2021, available at https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/05/10/02%20EUP1-2006809602-v1%20ESLAC%20%20Auto%2020_04_2021.pdf (last visited on 27 June 2021).

⁸ FIFA and six confederation, Statement on the Superleague, available at www.the-afc.com/news/afcsection/statement-by-fifa-and-the-six-confederations (last visited on 27 June 2021).

On 7 May 2021, nine of the 12 clubs involved in the Super League (namely, all the clubs but Juventus FC, FC Barcelona and Real Madrid CF) submitted to UEFA a ‘Club Commitment Declaration’ setting out the position of the Clubs, including their commitment to UEFA Club Competitions as well as national club competitions. According to this Declaration as approved by UEFA, Arsenal FC, Atlético de Madrid, Chelsea FC, FC Internazionale Milano, Liverpool FC, Manchester City, Manchester United, and Tottenham Hotspur “acknowledge and accept that the Super League project was a mistake and apologise to fans, national associations, national leagues, fellow European clubs and UEFA. They have also recognised that the project would not have been authorised under UEFA Statutes and Regulations”.⁹

Moreover, as regards the specific agreed measures, five of them deal with the recognition of the role of UEFA and the complete abandonment of the Super League project. To this end, each club:

- (i) “unreservedly acknowledges and accepts the binding nature of the UEFA Statutes;
- (ii) remains committed to and will participate in any UEFA Club Competitions each season for which that club qualifies on sporting merit;
- (iii) will rejoin the European Club Association, which is the only representative body for clubs that UEFA recognises;
- (iv) will take all steps within their power with a view to terminate their involvement in the company established to form and operate the Super League and cease any existing related legal actions;
- (v) will provide individual commitments to UEFA in which all the principles and values set out in the 2019 Memorandum of Understanding between UEFA and the European Club Association are accepted”.
- (vi) The remaining three measures present an economic element. In particular, each club
- (vii) “as a gesture of goodwill, and together with the other clubs, will make a donation totalling an aggregate of Euro15 million, to be used for the benefit of children, youth and grassroots football in local communities across Europe, including the United Kingdom;
- (viii) will be subject to the withholding of 5% of the revenues they would have received from UEFA club competitions for one season, which will be redistributed;
- (ix) agree to have substantial fines imposed if they seek to play in such an unauthorised competition (Euro100 million) or if they breach any other commitment they have entered into in the Club Commitment Declaration (Euro 50 million)”.

⁹ UEFA approves reintegration measures for nine clubs involved in the so-called ‘Super League’, available at www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-123871bd86ca-d9571aa78f72-1000—uefa-approves-reintegration-measures-for-nine-clubs-involved-in/ (*last visited on 27 June 2021*).

At the same time UEFA reserved all rights to take whatever action it deems appropriate against Juventus FC, FC Barcelona and Real Madrid CF and announced the referral of the matter to its disciplinary bodies.

The response of the three “rebel” clubs was immediate. On 8 May Juventus FC, FC Barcelona and Real Madrid CF jointly made an announcement in order to defend their project and its aims, criticize the negative and virulent attitude of UEFA and third parties against them, stigmatize the conduct of the 9 founding partner of the Super League and reiterate the commitment of Juventus FC, FC Barcelona and Real Madrid CF to dialogue and discuss the most appropriate solutions for the sustainability of the whole football family with UEFA, FIFA and all the other stakeholders on a respectful and legal basis.¹⁰

On 11 May 2021, the Commercial Tribunal of Madrid n. 17 decided to stay the proceedings and referred the following questions to the European Court of Justice:¹¹

- (i) are Articles 101 and/or 102 TFEU be interpreted as prohibiting FIFA and UEFA from including in their respective Statutes and regulations provisions (in particular Articles 22 and 71 to 73 of FIFA’s Statutes and Articles 49 and 51 of UEFA’s Statutes as well as any other similar provisions in the Statues of National federations and leagues) aimed at attributing to FIFA and UEFA the exclusive power to authorize international football club competitions, such as the Super League, without the provision of objective, transparent and non-discriminatory criteria and taking into account the possible conflict of interest that affects FIFA and UEFA and their active role on the market for organization and commercial exploitation of international football club competitions?
- (ii) are Articles 101 and/or 102 TFEU to be interpreted as prohibiting FIFA and UEFA as well as national federations and leagues from threatening to adopt sanctions against clubs and/or players participating in the Super League? If the sanctions of exclusion from competitions or prohibition from participating in matches among National teams were adopted, would they constitute a violation of Articles 101 and/or 102 TFEU?
- (iii) are Articles 101 and/or 102 TFEU to be interpreted in the sense that the provisions of articles 67 and 68 of the FIFA Statutes are incompatible with EU competition rules insofar as they identify FIFA, its member associations and the confederations as the “original owners of all of the rights emanating from competitions and other events coming under their respective jurisdiction”, depriving the participating clubs and third parties of such rights and assuming the exclusive responsibility for their commercialization?

¹⁰ Statement from Juventus, Real Madrid and Barcelona on the Superleague, available at <https://www.juventus.com/en/news/articles/statement-from-barcelona-juve-and-real>.

¹¹ Juzgado de lo mercantil n. 17 de Madrid, 11 May 2021, available at <https://files.lbr.cloud/public/2021-05/ECJ%20referral%20%20European%20Super%20League%20v%20UEFA%20and%20FIFA%20%20Commercial%20Court%20of%20Madrid%20%2011%20May%202021.pdf?7wBcCnMYfRCaIgWrBn6XbDzaoOICdk3g> (last visited on 27 June 2021).

- (iv) if FIFA and UEFA, as the only entities entitled to organize and authorize international football club competitions in Europe, prohibited or opposed the development of the Super League by relying on the aforementioned provisions of their Statutes, would article 101 TFEU be interpreted in the sense that this restriction of competition could benefit from the exception established in article 101(3) TFEU, taking into account that: a) production is substantially limited, b) the appearance of alternative products to those offered by FIFA and UEFA in the market is prevented; c) innovation is restricted by preventing the offer of new formats and models of football club competitions; d) potential competition in the market is excluded; e) the consumer choice is restricted? Would these restrictions benefit from an objective justification under Article 102 TFEU?
- (v) are Articles 45, 49, 56 and 63 TFEU to be interpreted as prohibiting FIFA and UEFA from including in their respective Statutes and regulations provisions (in particular Articles 22 and 71 to 73 of FIFA's Statutes and Articles 49 and 51 of UEFA's Statutes as well as any other similar provisions in the Statutes of National federations and leagues) aimed at imposing third parties to obtain FIFA and/or UEFA's prior authorization for the organization of a pan-European football club competition such as the Super League?

On 26 May, following an investigation conducted by UEFA Ethics and Disciplinary Inspectors, UEFA announced that disciplinary proceedings have been opened against Real Madrid CF, FC Barcelona and Juventus FC for a potential violation of UEFA's legal framework.¹²

Also in this case, the response of the three clubs was not long in coming. On 27 May in a joint statement the three clubs "expressed their absolute rejection of the insistent coercion that UEFA has been maintaining towards three of the most relevant institutions in the history of football".¹³ In particular, according to the three clubs the opening of disciplinary proceedings by UEFA is "incomprehensible" and represents "a direct attack against the rule of law". Moreover, the three clubs claim the enduring goodness of the project "promoted with the aim of improving the situation of European football, through permanent dialogue with UEFA and with the objective to increase the interest in the sport and to offer fans the best possible show. This objective has to be achieved in a framework of sustainability and solidarity, especially in a precarious economic situation such as the one many clubs in Europe are currently experiencing", whereas UEFA seeks only to preserve its monopoly power.

¹² Ansa, *Super League: UEFA starts action against Juve, Barca, Madrid*, available at www.ansa.it/english/news/2021/05/26/super-league-uefa-starts-action-against-juve-barca-madrid_e08f7a92-395b-4858-91cb-7855b01a02cd.html.

¹³ FC Barcelona, *Juventus and Real Madrid remain committed to modernizing football through an open dialogue with UEFA*, available at www.fcbarcelona.com/en/club/news/2161427/fc-barcelona-juventus-and-real-madrid-remain-committed-to-modernizing-football-through-an-open-dialogue-with-uefa (last visited on 27 June 2021).

On the last day of May, the twitter account of the Court of Justice confirmed the pending before it of preliminary proceedings pursuant to Art. 267 TFEU (C-333/21).¹⁴

Lastly, on 9 June, further to the notification to UEFA and FIFA of the order issued by the Commercial Court No. 17 of Madrid, UEFA announced that the independent UEFA Appeals Body decided to temporarily suspend the disciplinary proceedings against FC Barcelona, Juventus FC and Real Madrid CF for a potential violation of UEFA's legal framework in connection with the Super League project.¹⁵

3. *Pertinent provisions of FIFA and UEFA Statutes*

According to Art. 22(3)(e) of FIFA Statutes each Confederation has the duty to ensure that international leagues or any other such groups of clubs or leagues shall not be formed without its consent and the approval of FIFA.

Art. 71(1) states that the Council shall be responsible for issuing regulations for organising international matches and competitions between representative teams and between leagues, club and/or scratch teams. No such match or competition shall take place without the prior permission of FIFA, the confederations and/or the member associations in accordance with the Regulations Governing International Matches.

Lastly, according to Art. 72(1) players and teams affiliated to member associations or provisional members of the confederations may not play matches or make sporting contacts with players or teams that are not affiliated to member associations or provisional members of the confederations without the approval of FIFA.

UEFA Statutes contain the following, similar provision.

According to Art. 49(1) UEFA shall have the sole jurisdiction to organise or abolish international competitions in Europe in which Member Associations and/or their clubs participate; whereas Art. 49(3) adds that international matches, competitions or tournaments which are not organised by UEFA but are played on UEFA's territory shall require the prior approval of FIFA and/or UEFA and/or the relevant Member Associations in accordance with the FIFA Regulations Governing International Matches and any additional implementing rules adopted by the UEFA Executive Committee.

¹⁴ European Court of Justice, see <https://twitter.com/EUCourtPress/status/1399272856228356097>. See also <https://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B333%3B21%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC2021%2F0333%2FP&oqp=&for=&mat=or&lgrc=en&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-333%252F21&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat =or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=20837283>.

¹⁵ UEFA, Disciplinary proceedings against FC Barcelona, Juventus FC and Real Madrid CF temporarily suspended, available at www.uefa.com/insideuefa/news/026a-127ac8d9a2a5-ae10445760c4-1000—disciplinary-proceedings-temporarily-suspended-against-barcelon/ (*last visited on 27 June 2021*).

According to Art. 51 no combinations or alliances between UEFA Member Associations or between leagues or clubs affiliated, directly or indirectly, to different UEFA Member Associations may be formed without the permission of UEFA. Moreover, a Member Association, or its affiliated leagues and clubs, may neither play nor organise matches outside its own territory without the permission of the relevant Member Associations.

4. *The Super League affaire in the light of EU competition rules: a broad overview*

Under EU competition law UEFA and FIFA are associations of undertakings involved in economic activities such as the organisation of football events for clubs and National teams. Consequently, UEFA and FIFA are subject to EU competition rules regardless of whether UEFA and FIFA are also vested with public powers for regulating and administering football at European level and worldwide.

According to the settled case-law of the Court of Justice the fact that an entity is partially vested with public powers for managing certain activities does not prevent it from being classified as an undertaking for the purposes of EU competition law in respect of the remainder of its economic activities.¹⁶ The classification as an activity falling within the exercise of public powers or as an economic activity must be carried out separately for each activity exercised by a given entity.

It must also be emphasized that a system of undistorted competition within the European common market can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. In such a situation, paraphrasing the Court of Justice's ruling in the *MOTOE* case,¹⁷ it is possible to affirm that to entrust a legal person such as UEFA (and FIFA), which themselves organise and commercially exploit football events, the task of giving their consent to applications for authorisation to organise such events, is tantamount *de facto* to conferring upon it the power to designate the persons authorised to organise those events and to set the conditions in which those events are organised, thereby placing that entity at an obvious advantage over its competitors.¹⁸ Such a right may therefore lead the undertaking which possesses it to deny other operators access to the relevant market.

Another cornerstone of the Court of Justice's case-law is the principle according to which not every agreement between undertakings or every decision of an association of undertakings which restricts the freedom of action of the

¹⁶ Case C 82/01 P *Aéroports de Paris v Commission* [2002] ECR I 9297, para. 74.

¹⁷ Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, EU:C:2008:376.

¹⁸ Case C 202/88 *France v Commission* [1991] ECR I-1223, para. 51, and Case C 18/88 *GB Inno BM* [1991] ECR I 5941, para. 25.

parties or of one of them is necessarily caught by the prohibition laid down in Article 101(1) TFEU. Indeed, for the purposes of applying that provision to a particular case, account must first of all be taken of the overall context in which the decision of the association of undertakings in question is taken or produces its effects, and, more specifically, of its objectives. Next, it is necessary to examine whether the restrictions arising therefrom are inherent in the pursuit of legitimate objectives and are proportionate to those objectives.¹⁹

So far, so good.

Now, if one tries to push the analysis a bit further, it becomes necessary to deal with some other critical points.

Firstly: the principle of the prior authorization system, typical of many, although not all,²⁰ sports federations, is non at odds with EU law. In the *ISU* case, neither the Commission,²¹ nor the General Court²² have condemned the ISU's prior authorization system as such; on the contrary, the ISU's eligibility rules have been declared contrary to Article 101 TFEU for the following reasons:

- (i) until 1985 there were not even criteria for authorising third party events;
- (ii) after 2015 the procedure for authorizing third party competitions contained a number of disproportionate conditions and disclosure duties;
- (iii) ISU's Eligibility rules did not set out clear deadlines as to the authorisation procedure;
- (iv) the sanctions (life-ban) imposed on athletes in case of a breach of the Eligibility rules were manifestly disproportionate.²³

Although it has been argued that the clubs of the Super League violated Article 49(3) of the UEFA's Statutes as they were required to seek permission from UEFA,²⁴ it is evident that Article 51 (Prohibited Relations) of the UEFA's Statutes looks very like the ISU Eligibility rules.

Article 51(1) prohibits any combinations or alliances between UEFA Member Associations or between leagues or clubs affiliated, directly or indirectly,

¹⁹ Case C-309/99 *Wouters and Others*, EU:C:2002:98, para. 97, and Case C-219/04 P, *Meca-Medina and Majcen v Commission*, EU:C:2006:492, para. 42.

²⁰ In the ISU decision the Commission underlined that "that there are Olympic sports where events organised by third party organisers and not pre-emptively authorised by the relevant sport regulatory body exist. In these sports, the federations have no *ex ante* control over third party events and there is no indication that the lack of ex-ante control endangers the organisation of sport in any way".

²¹ European Commission, Case AT. 40208 - *International Skating Union's Eligibility rules*, available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40208/40208_1579_5.pdf (last visited on 27 June 2021).

²² Case T 93/18 *International Skating Union v European Commission*, ECLI:EU:T:2020:610.

²³ On the ISU case see S. BASTIANON, *The ISU Commission's Decision and the Slippery Side of Eligibility Rules*, 2018, www.asser.nl/SportsLaw/Blog/; S. BASTIANON, *The ISU case: Commission 2 -1 ISU*, 2021, www.eurojus.it; V. TSVETANOVA, *Why The ISU's Eligibility Rules Breached Competition Law And What It Means For Sports Governing Bodies*, 2021, www.lawinsport.com.

²⁴ CMS Law-Now, *The European Super League: An overview of legal challenges*, 29 April 2021, available at www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/04/the-european-super-league-an-overview-of-legal-challenges.

to different UEFA Member Associations without the prior permission of UEFA; similarly, Article 51(2) prohibits a Member Association, or its affiliated leagues and clubs, from playing and organising matches outside its own territory without the permission of the relevant Member Associations. In both cases, the objectives pursued by Article 51 are not mentioned; the authorization procedure is not described; the criteria for obtaining the authorizations are not illustrated; lastly, it's not clear whether a denial of authorization can be challenged.

To this regard, in the *MOTOE* judgment the Court of Justice ruled that EU competition law provisions “preclude a national rule which confers on a legal person, which organises motorcycling events and enters, in that connection, into sponsorship, advertising and insurance contracts, the power to give consent to applications for authorisation to organise such competitions, without that power being made subject to restrictions, obligations and review”.²⁵

It follows from the foregoing that an assessment of Article 51 of the UEFA's Statutes under EU competition law could reveal its incompatibility with EU law also regardless of any assessment of the proportionate nature of any sanction imposed.

Article 49(3) of UEFA's Statutes sounds slightly different: it allows third parties (i.e., legal persons different from UEFA) to organise international matches, competitions or tournaments to be played on UEFA's territory, but it requires the prior approval of FIFA and/or UEFA and/or the relevant Member Associations “in accordance with the FIFA Regulations Governing International Matches and any additional implementing rules adopted by the UEFA Executive Committee”. Although this provision contains a minimum of procedural elements, it does not mention the pursuit of legitimate objectives and the proportionate character of the system, which should be the basic conditions for a legitimate prior authorization system.

As a consequence, the simple (and rather vague) reference to the integrity of sport²⁶ looks more an empty formula than a true legitimate objective; similarly, the fact that the organisation of international matches and/or competitions by third parties without the prior approval of UEFA is not linked to a specific sanction could cast further shadows on the transparent and non-discriminatory character of the rule at issue.

In such a situation, it is not surprising that in its decision 14/2021 dated 20 April 2021 the Commercial Tribunal n. 17 of Madrid ruled that “the prior

²⁵ Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, EU:C:2008:376, para. 53.

²⁶ Article 3 of FIFA's Regulations Governing International Matches reads as follows: “The purpose of these regulations is to protect the integrity of the game by creating a framework that allows the Members, Confederations and FIFA to oversee International Matches and competitions. The oversight of International Matches and competitions shall allow the Members, Confederations and FIFA to promote integrity, ethics and fair play with a view to preventing all methods or practices which might jeopardise the integrity of matches, competitions, players, officials and Members, or give rise to abuse of the game”.

authorisation is not subject to any kind of limit or fee or objective and transparent procedure, but to the discretionary power of the private bodies concerned, which, by reason of their monopoly on the organisation of competitions and exclusive management of the economic revenue derived from those sporting competitions, have a clear interest in refusing or authorising the organisation of those competitions”.²⁷

Secondly, the tone of the announcements, replies, press-releases and other declarations made by the parties involved clearly show that UEFA (and FIFA) are not disappointed that the founders of the Super league did not ask for authorization; on the contrary, UEFA has clearly showed its willingness to oppose the Super League as such by any means, assuming that this competition violates the principles of the European model of sport. However, in so doing there is no doubt that UEFA is also safeguarding its own economic interests linked to the commercial exploitation of the Champions League: the Super League is a direct competitor of the Champions League and therefore UEFA has a clear interest in foreclosing the market entry of a new (and potentially stronger) competitor. It was certainly a mistake, both in the media and in politics, to publicly announce the project before asking for authorization from UEFA; however, UEFA’s response clearly suggests that the real problem is not the form, but the substance of the Super League.

In such a situation, the current case-law of the Court of Justice as well as the substantial provisions of EU law do not provide a clear-cut answer to the issue at stake. In particular, the principle *one sport – one Federation* is not under attack and the same is true for the legitimate role of the Federations as governing bodies of the sports disciplines; consequently, in the name of the principle of integrity of sport Federations can legitimately pretend to govern and control aspects such as the rules of the game, the protection of athletes’ health, the preparation of sports calendars and their compliance by the clubs and athletes, the fighting against illegal betting and match-fixing. From this point of view any prior authorization system based on clear, transparent, proportionate, reviewable and non-discriminatory rules and procedures aimed at guaranteeing the respect of the abovementioned aspects shall be deemed compatible with EU law. On the contrary, any attempt to manipulate the concept of the European model of sport as well as the principle of solidarity and the promotion-relegation mechanism in order to prevent or marginalize new competitors shall be considered in contrast with EU law.

In fact, in this regard it is possible to argue that:

- (i) the European model of sport is a rather vague concept and therefore any alleged violation must be concretely contextualized and specifically described in its effects;²⁸

²⁷ Juzgado de lo mercantil n. 17 de Madrid, 14/2021, <https://as00.epimg.net/descargables/2021/04/20/184303c283180aada81369542eb7fb64.pdf>.

²⁸ About the concept of European model of sport, it is worthy to note that in the light of the revision of the European Sports Charter seven organizations members of the EPAS Consultative

- (ii) although the promotion-relegation mechanism is clearly a typical feature of European sports competitions, it cannot be overemphasized, at least as long as a competition such as the Six-Nation Rugby Championship is commonly accepted in the European sports scene;²⁹
- (iii) in any case, it is rather questionable to say that the existence of even a single competition without the mechanism of promotion-relegation is in itself capable of irreparably jeopardizing the European model of sport if no clear and detailed evidence is supplied, especially in cases where the new competition does not totally preclude the admission of clubs on the basis of results achieved on the pitch;
- (iv) even the concept of solidarity can mean everything and nothing if not correctly defined; in any case, it seems obvious that in order to respect such principle a system of redistribution of revenues as a prerequisite for authorization is clearly more inherent and proportionate than an absolute denial of authorization.

In addition to the above it is worthy to note that not even the Lisbon Treaty seems capable of providing a single answer. Art. 165(2) TFEU states that the Union action shall be aimed at “developing the European dimension in sport, by promoting fairness and *openness in sporting competitions (...)*”.³⁰ To this regard at least Three questions are possible:

- (i) does the principle of openness in sporting competitions mentioned in the Lisbon Treaty corresponds exactly to the concept of open leagues?

Committee (namely, EOC – European Olympic Committees, UEFA – union of European Football Associations, GAISF – Global Association of International Sports Federations, ENGSO – European Non-Government Sports Organization, ISF – International School Sport Federations, EUSA – European University Sports Association and FIAS – International SAMBO Federation) have signed the position paper “Developing the European Sports Model” expressly stating that “open competitions accessible through a promotion/relegation system which maintains a competitive balance and gives priority to sporting merit” represent key-feature of the European sports model (see, <https://rm.coe.int/further-developing-the-european-sports-model-european-sport-charter-pa/1680a1b1cf>). In reaction to this position paper, the European Elite Athletes Association (EU Athletes) has replied that: (i) there is no one static European model of sport; (ii) sport needs to continue to adapt to modern circumstances it is so to retain its value to society and remain attractive as a spectator sport and economic activity; (iii) although one characteristic of many sports in Europe is its reliance upon competitions with a system of promotion and relegation, “paradoxically the lobby for recognition of the European model of sport is keen to remove fair competition in the market by restricting third party event organisers and threatening to sanction the athletes” (see, <https://rm.coe.int/eu-athletes-response-to-the-lobby-for-a-european-sports-model/1680a2430e>). In general, see, V. ZUEV, I. POPOVA (2018) *The European Model of Sport: Values, Rules and Interests*. International Organisations Research Journal, vol. 13, No. 1, 51 – 65. DOI: 19.17323/1996-7845-2018-01-03; I. HENRY (2009) *European Models of Sport: Governance, Organisational Change and Sports Policy in the EU*. Hitosubashi Journal of Arts and Sciences, 50, 41 – 52.

²⁹ To this regard it is obvious that the greater historical tradition of this competition compared to a new project such as the Super League cannot justify a different treatment under EU law.

³⁰ Italics added.

- (ii) in the affirmative, does the fact that the Union action shall aim at “promoting” openness in sporting competitions mean that EU can “impose” the mechanism of promotion and relegation as a necessary requirement for any European sporting competition and outlaw any closed or semi-closed competition?
- (iii) is football so different from any other sports discipline to justify a different regulation?

Fourthly, although similar to previous cases dealt with by the Court of Justice and the Commission (and other National Antitrust Authorities), the Super League *affaire* shows some important peculiarities. In particular:

- (i) the controversial issue is represented by a European competition for football clubs organized by a new company owned by the clubs themselves, not a competition for single athletes organized by a third party;
- (ii) the position of strength (both economic and political) of top European football clubs with respect to the UEFA is not comparable to that of a single athlete with respect to its own Federation;
- (iii) like it or not, football is different from any other sport in economic as well political terms;
- (iv) since the 1995 *Bosman* case,³¹ UEFA has been able to build a privileged relationship with the European Commission compared to any other sports federation. Therefore, it is not surprising that in the *Striani* case³² on Financial fair-play the Commission has clearly chosen not to examine the complaint on the merits (by formally alleging a lack of Community interest and reasons of priority setting rather questionable), whereas in relation to the Super League the Commission was quick to declare that it would not use its competition powers alleging that disputes related to the governance of sports can usually be best handled by relevant arbitration bodies and national courts.³³

In the light of the above, the UEFA prior authorization, regardless its objectives, seems likely to produce anticompetitive effects in so far it reserves to UEFA the market for the organization and commercial exploitation of European competition for football clubs, limits the investments and excludes any possibility for consumers to choose among different competing offers.

³¹ Case C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463.

³² Case C-299/15, *Daniele Striani and Others v Union européenne des Sociétés de Football Association (UEFA) and Union Royale Belge des Sociétés de Football - Association (URBSFA)*, ECLI:EU:C:2015:519; EU Commission, *CASE AT.40105 UEFA Financial Fair Play Rules*, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40105/40105_220_6.pdf. See S. BASTIANON, *The Striani Challenge to UEFA Financial Fair-Play. A New Era after Bosman or Just a Washout?*, *The Competition Law Review*, July 2015, Vol. 11, Issue 1, 7 – 39.

³³ *EU holds off on using competition powers over proposed football Super League*, available at www.politico.eu/article/eu-holds-off-competition-powers-over-proposed-football-super-league/ (last visited on 27 June 2021).

In such a situation there are reasons to believe that the legal battle will not be about general and vague concepts such as the integrity of sport, the European model of sport or the openness of European sports competitions; on the contrary, the battle will be played on the field of more technical profiles, such as the role of the promotion and relegation mechanisms on the competition in the sports sector; moreover, the Court of Justice will have to try to clarify the possible limits to the regulatory power of the Federations imposed by competition law in a situation where each party contests to the other party the adoption of measures resulting in a restriction of competition.

To this regard, the literature shows that in sports where a promotion and relegation system is applied teams clearly tends to compete intensively, but they are less inclined to share resources in the form of redistribution of revenues. The reason is clear: all the resources are used to compete in order to win the title or to avoid relegation which represents for the teams a very dangerous drawback in financial terms; consequently, there is no space for redistributive policies as any single euro is spent to win or to survive. On the contrary, where the promotion and relegation system is not applied economic resources tend to be more redistributed, but the economic competition between teams could be less intensive. The lack of risk of relegation coupled with measures such as the salary cap and the draft system reduce significantly the risk of financial collapse for those clubs that at a certain date of the championship realize that they will not be able to struggle for the title.³⁴ Moreover, a less intensive competition on the pitch reduces the need to overspend on the market for talent with positive effects on the competitive balance.³⁵

It is clearly a very complex and complicated issue both because salary cap and draft system are almost unknown in the European sports sector and because they could be hardly implemented in the Super League without considering that the clubs will continue to compete their national open leagues. Moreover, the salary cap in itself should be carefully analysed to ascertain its compatibility with EU competition law.

Another aspect to be focused is the relationship between inter-league and intra-league competition. It could be argued that closed leagues not only tend to restrict competition among the clubs of the league, but also represent a market where the entry of new clubs is very difficult. However, the creation of a new competition outside the UEFA's circuit is likely to increase the inter-leagues competition, reducing UEFA's the monopoly power in the market of the organization

³⁴ See S. SZYMANSKY, T.M. VALLETTI, (2010) *Promotion and Relegation in Sporting Contests*. In: *The Comparative Economics of Sport*. Palgrave Macmillan, London, available at https://doi.org/10.1057/9780230274273_6.

³⁵ L. BUZZACCI, S. SZYMANSKY, T.M. VALLETTI, *Equality of opportunity and equality of outcome: open leagues, closed leagues and competitive balance*, (2003) *Journal of Industry, Competition and Trade*, 3.3, 167-186; S. SZYMANSKY, S.F. ROSS, *Open competition in league sports*, Law and Economics Working papers Series, Working Paper N. 00-07 (September 2007), University of Illinois, College of Law; T. VAN DER BURG (2020), *EU competition, football and national markets*, *Managing Sport and Leisure*, DOI: 10.1080/23750472.2020.1863851.

and commercial exploitation of European football club competition. Moreover, the exit of the Super League's clubs from the UEFA's competitions will increase the possibilities for other clubs to qualify for UEFA's competitions.

Generally speaking it is reasonable to argue that the fundamental issue behind the Super League *affaire* is about if and to what extent:

- (i) UEFA's refusal to authorize a third party to organize and commercially exploit a new European football club competition among a restricted number of teams in the form of a closed league,
- (ii) coupled with a system of sanctions and penalties against clubs and players participating in such non-authorized competition consisting in the prohibition to play in all competitions organized by UEFA and by the pertinent National league, is inherent and proportionate to the objective of protecting the principle of openness of sporting competitions, integrity of sport and solidarity and therefore can be deemed compatible with EU competition rules notwithstanding its anticompetitive effects.

5. *Concluding remarks*

The issue concerning the breakaway leagues is far from new. Since the so called "Project Gandalf to present day, especially in football, the threat of breakaway leagues has always represented the proverbial sword of Damocles, wisely and opportunistically wielded by the richest and most influential clubs to obtain greater economic resources from UEFA. And that threat has always paid off, as evidenced by the constant changes in the format of the two main competitions organized by UEFA.

In such a situation it is impossible to predict the outcome of the battle before the Court of Justice. The impression is that UEFA is mainly trying to defend its monopolistic power in the market of the organization and commercial exploitation of European football club competitions disguising it under the mantra of protecting sporting integrity and the European model of sport (whatever it means); on the other hand, Juventus FC, Real Madrid CF and Barcelona FC pretend to invoke the principle of freedom of competition and the need to reform the European football system heavily affected by the pandemic crisis to justify a purely economic operation for the benefit of themselves and a few other big clubs.

But at least one thing is clear: namely, that the end of this complicated issue has not yet been written. Will the Court of Justice do it by directly assessing the inherent and proportionate character of the contested measure or, as in other cases,³⁶ will prefer to let the National judge get the final word? Furthermore, will

³⁶ Case C-22/18, *TopFit e.V. and Daniele Biffi v Deutscher Leichtathletikverband e.V.*, ECLI:EU:C:2019:181; Joined Cases C-612/17 and C-613/17, *Federazione Italiana Golf (FIG) v Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), Ministero dell'Economia e delle Finanze (C 612/17) and Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) v Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) (C 613/17)*, ECLI:EU:C:2019:705.

the Court limit itself to declare that EU law precludes a system of prior authorization such as that governed by the UEFA and FIFA Statutes, or it will go so far as to establish whether and to what extent the Super League project is incompatible with the European sports model? At present nobody knows it.

THE EUROPEAN SUPER LEAGUE UNDER THE SWORD AND SHIELD OF ANTITRUST RULES: A BABY THROWN OUT WITH THE BATHWATER?

by *Andrea Bozza* and *Enzo Marasà**

ABSTRACT: After the impromptu announcement of the Super League and the pathetic drama that saw thousands of fans gather to cry for ‘the end of football’, the set moved from the squares to the courts. Here is where competition law kicks in as impartial and strict referee of the behaviour of both Founding Clubs and football associations (UEFA above all). The clash sees strictly competition issues intertwined with case-law on the so-called sporting exception and the specificity of sport. That said, no matter how much light competition law and the Court of Justice may shed on the matter, the shadow still remains of a system that needs to be rethought, whatever it takes.

Keywords: *European Super League – UEFA Regulations – Sporting Exception – Competition law – Single Market – EU law – Sport Policy – Sport Governance.*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The ESL competition: a review of the (un)closed football league – 3. The ESL project from a sporting and corporate perspective – 4. Sport and EU law: from the so-called “sporting exception” to organising sports and unsanctioned events – 5. Antitrust assessment of the ESL project and of the UEFA conduct vis-à-vis the ESL – 6. Concluding remarks

* Andrea Bozza specializes in national and international sports law and his work covers the entire spectrum of sports law activities, providing legal advice to a variety of clients in relation to different areas, such as representation of athletes and clubs within the contest of negotiation and drafting of transfer/employment and commercial contracts, and legal assistance in pre-contentious and contentious disputes involving clubs, FIFA intermediaries and/or athletes; he is adjunct professor for the LL.M organized by the IE University (Madrid), and lectures sports law at the Global Master in International Sport Law organized by Instituto Superior de Derecho y Economía (Barcelona and Madrid). E-mail: andrea.bozza@withersworldwide.com.

Enzo Marasà specializes in EU and Italian competition law. Over his almost twenty-year experience, he has continuously assisted national and multinational companies on some of the most complex issues of competition and EU law on matters of merger control, anti-competitive agreements, abuses of a dominant position, private antitrust litigation, restrictive regulatory measures on the free movement in the single market, distribution or cooperation agreements between competitors, etc.. He routinely represents and acts for multinational clients in antitrust matters before the European Commission and the AGCM, as well as before national and EU courts. E-mail: emarasa@portolano.it.

The authors wish to thank their colleagues Vincenzo Calandrelli and Salvatore Almanza for their invaluable contribution for the preparation of this article.

1. Introduction

While the entire world is still forced to face the Covid-19 pandemic, another earthquake is shaking the European football industry.

At midnight of 18 April 2021, a press release suddenly announced that twelve European tier-1 football clubs had agreed to establish a new competition named “*European Super League*” (ESL). Fans, players, coaches and even politicians opposed the ESL project along with all the federative football, at national and international level.

Criticism and rejection from the sports world were so severe that progressively all the ESL founding clubs (Founding Clubs) – except for three of these – withdrew and led, within two days, to what it seemed an immediate collapse of the project.

Indeed, the day after the abovementioned press release, against the threat of disciplinary sanctions by federative sporting bodies, the Founding Clubs took a legal action in order to request urgent interim measures to safeguard the launch of the new breakaway league: a Spanish court in Madrid rendered a preliminary ruling on the claim, finding – *prima facie* – the football federative system and the conduct of FIFA and UEFA in possible violation of European antitrust rules. As a consequence, the judges prohibited in interim FIFA, UEFA and national football associations from applying any disciplinary sanction or adopting any measure which would jeopardise the creation of the new league. Furthermore, the Spanish court requested the Court of Justice of the European Union (CJEU) to preliminarily rule on the interpretation of European antitrust rules vis-à-vis this matter.

For the time being, EU competition law and the preliminary decision by the Juzgado of Madrid are keeping the ESL project under oxygen therapy.

Since the very beginning of the saga, the authors of the present article convened that antitrust rules and their application at European and national level would prove decisive to write the final episode. Rather than based on a legal review against abstract considerations of matters of principle only, the ESL’s destiny primarily depends on the outcome of the assessment under EU antitrust rules of the so-called “object” and competitive “effects” of both (a) the ESL project in itself, and (b) the UEFA’s legal position and conduct vis-a-vis the ESL.

However, because of the twofold use of EU competition law to either attack (as a ‘sword’) or defend from (as a ‘shield’) the other party’s conduct in this case, the risk is for both parties to get caught in a breach and thus be forced to throw out the baby with bathwater to stop the infringement.

This paper aims at providing a possible framework to assess the ESL project and the UEFA rules and implementing decisions under EU competition law.

For that purpose, the ESL will be first traced from its origin to the latest occurrences at the time of writing, together with its sporting features and legal structure, as emerging from the available public sources and information.

Going through the relevant EU case-law about the so-called “sporting exception”, sports governance and unsanctioned events, the article also attempts to illustrate how such case-law and the specificities of sport interplay with EU competition law and shape its application to this matter.

Before drawing conclusions, the final section advocates for a third, political route that may possibly overcome the potential *impasse* following the legal crossfire that UEFA and some of the Founding Clubs seem bound to put in place.

Whether a remake of “*The Dirty Dozen*” or “*A Fistful of Dollars*”, the show enacted by the ESL and UEFA is going to display unique features of a textbook case that could have a lasting impact on application of EU competition law to the field of sport and to the sport governance in general.

2. *The ESL competition: a review of the (un)closed football league*

In 1999, a media company named Media Partners International Limited – a member of the Italian Media Partners group – notified the European Commission “*a number of agreements concerning the establishment and administration of a new European Football League*”.¹

According to “*Project Gandalf*” – a Tolkienesque name apparently used to identify the case – the European Football League (EFL) would have been structured as a 3-year competition comprising two main pan-European football tournaments – the “*SuperLeague*” and the “*ProCup*” – involving 132 clubs from all territories covered by associations affiliated to the *Union des Associations Européennes de Football* (UEFA).

The EFL format foresaw 18 “founder clubs” – committed to participating in the EFL exclusively for a period of three years – and further participating clubs, qualifying for just one season only, based on the performance in their domestic leagues or cups.

The EFL was immediately labelled by fans as an attempt, by elite clubs, to further increase their economic power to the detriment of smaller clubs. Similarly, it was heavily condemned by UEFA, which threatened punitive sanctions against those clubs and their players who had joined it.

Eventually, *Project Gandalf* collapsed. Nonetheless, it led UEFA to review the Champions League format for the 1999-2000 sporting season, so that clubs participating in the most important leagues at national level were guaranteed more places to qualify for the competition and a more favorable allocation of revenues.

Twenty years on, apart from all the social and economic details of the current football scene, the wheel has come full circle and history has repeated itself.

¹ See <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/292c7232-5f28-4874-9b61-4b994467b529>.

At midnight of 18 April 2021, after months of media speculation² and curiously the day before a UEFA Executive Committee's meeting on the approval of a new post-2024 format of UEFA club competitions,³ a press release announced that twelve European tier-1 football clubs⁴ had agreed to establish a new mid-week competition named "*Super League*" (ESL) and had joined it as initial founding members (Founding Clubs), with a further three clubs supposedly joining ahead of the inaugural season.⁵

The timing of such ESL announcement – and perhaps the inadequate (if not clumsy) communication of the format⁶ as well as the grounds for the new competition⁷ – led to a prompt and fierce opposition from fans, players, coaches, sporting reporters, politicians and federative football.⁸

UEFA – alongside the English Football Association (FA) and the Premier League, the Royal Spanish Football Federation (RFEF) and La Liga, as well as the Italian Football Association (FIGC) and Serie A – had already made its position before the ESL press release abundantly clear, warning that clubs concerned would have been excluded from any competition at domestic and European level and their players would have been no longer eligible to participate in international competitions.⁹

Interestingly, while reiterating its disapproval to a closed European breakaway league, the *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) adopted a more diplomatic approach.¹⁰

Against the opposition from federative football, ESL clubs announced that they had taken legal action in order to safeguard the launch of the ESL project.¹¹

² See www.thetimes.co.uk/article/european-super-league-would-have-six-premier-league-teams-each-being-paid-up-to-310m-to-join-63prbtbfl (January 2021).

³ See www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0268-120e13a73f03-019a1cf9c9e1-1000—uefa-executive-committee-agenda-for-april-meeting/.

⁴ A.C. Milan, Arsenal FC, Atlético de Madrid, Chelsea FC, FC Barcelona, FC Internazionale Milano, Juventus FC, Liverpool FC, Manchester City, Manchester United, Real Madrid and Tottenham Hotspur.

⁵ See <https://thesuperleague.it/press.html> (April 2021).

⁶ See section 3 below.

⁷ The ESL – press release says – was conceived as a response to the unsustainability of the existing European football economic model, with the intention to hold discussions with UEFA and FIFA and cooperate in order to "*deliver the best outcomes for the new League and football as a whole*". In that regard, see section 2.1. of the present article.

⁸ Former player Gary Neville declared himself "disgusted", while Manchester United FC midfielder Bruno Fernandes published a post on Instagram saying: "*Dreams can't be bought*". Among politicians, Boris Johnson was the first one leading the opposition by threatening "a legislative bomb" to stop English clubs joining the ESL – see www.theguardian.com/football/2021/apr/20/uk-government-may-legislate-to-stop-european-super-league-says-minister – later followed by French, Spanish and Italian Prime Ministers.

⁹ See www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0268-12121411400e-7897186e699a-1000—joint-statement-on-super-league/ (18 April 2021).

¹⁰ See www.fifa.com/who-we-are/news/fifa-statement-x3487 (19 April 2021).

¹¹ See https://apnews.com/article/sports-general-news-749ce4257b0f9a17b3fc34d60cccd00c?utm_source=morning_brew.

Indeed, on 20 April 2021, the Juzgado de lo Mercantil n. 17 of Madrid (Juzgado of Madrid) rendered a preliminary ruling on the claim announced by the ESL,¹² which prohibited FIFA, UEFA and the national football associations from applying any disciplinary sanction or adopting any measure which would impede, restrict, limit or condition in any way the creation of the ESL.

However, criticism and rejection from the sports world were so severe that progressively, all the Founding Clubs – except for Juventus FC, Real Madrid FC and Barcelona FC – withdrew their participation.

By 21 April 2021, the ESL had collapsed. Or at least this seemed to be the case.

2.1 *UEFA's behavior under scrutiny: the inaudita altera parte interim measure by the Juzgado of Madrid*

For the time being, EU competition law and the preliminary decision by the Juzgado of Madrid are keeping the ESL project under oxygen therapy.

Called upon to issue a preliminary decision *inaudita altera parte* – i.e. without hearing the opposing party – the Juzgado of Madrid upheld the request of the European Super League Company S.L.¹³ and prohibited FIFA and UEFA from applying, before the final decision on the merits of the dispute, any disciplinary sanction or adopt any measure that could prohibit, restrict, limit or prevent in any way the ESL from running.

Indeed, the European Super League Company S.L. alleged an abuse of a dominant position by FIFA and UEFA under Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), as well as a violation of Art. 101 TFEU.

In assessing the existence of the requirements for an interim decision – i.e. the so-called *fumus boni iuris*¹⁴ and *periculum in mora*¹⁵ – the Spanish court first recalls in full the scope of Artt. 101 and 102 TFEU and the legal framework at FIFA and UEFA level, finding that “*FIFA and UEFA, as private organisations, enjoy a monopoly position for the authorization and organization of international professional football competitions*”¹⁶ and holding that “*there exists an appearance of reasonable grounds to find that FIFA and UEFA hold a 100% market share in the organization of international football competitions,*

¹² *Juzgado de lo Mercantil n. 17 de Madrid, Pieza de Medidas Cautelares 150/2021, Auto n. 14/2021 of 20 April 2021*, available at the following link: <http://ep00.epimg.net/descargables/2021/04/20/ee6da19608b8bcb2cceabcfef4fa4bce.pdf>.

¹³ See section 3.2. below.

¹⁴ A credible case for the claim.

¹⁵ The well-founded fear that, pending issue of a ruling on the merits, the right which the interim measure seeks to safeguard may be irreparably harmed.

¹⁶ *Juzgado de lo Mercantil*, 7, cit., 12.

thus holding a monopoly position in the relevant market for the organization of football competitions”.¹⁷

Moreover, the sanctions stemming from the pre-authorization system provided for in FIFA and UEFA Statutes are regarded as “an insurmountable barrier to the entry of new competitors in the relevant market for the organization of international football competitions in Europe” and their implementation would bear the same dissuasive effect as explained in the *MOTOE* and *ISU* cases (see below in section 4).¹⁸

Coming to the decision in detail, the Spanish court describes the legal structure of the ESL project and recalls the reaction by all federative football by threatening disciplinary sanctions against the ESL and its members, both before and after its announcement. In this sense, the Juzgado of Madrid reiterates that the apparent monopolistic position of FIFA and UEFA, alongside the application of the announced disciplinary sanctions, would arguably impede “the existence of free competition in the market for professional football competitions at European level” and, ultimately, the creation of the ESL.¹⁹

Interestingly, the threatened disciplinary sanctions are then also considered to be against some internal EU market freedoms.

The Spanish court finally concluded that:

- through the pre-authorization system provided for in FIFA and UEFA Statutes, the two sporting bodies *prima facie* appear to abuse their dominant position in the organization of professional football competitions;
- the authorization criteria do not appear to pursue any legitimate objective, nor are they defined in a transparent and non-discriminatory way, so as to avoid conflict of interests; and
- such criteria appear to be, in any event, disproportionate.

With regard to the existence of a *periculum in mora*, it is worth noting that the Juzgado of Madrid held that the application of the statutory provisions at hand would likely cause the ESL to be unable to start, with irreparable damage to the clubs and players called to participate in the ESL, thus frustrating the protection that could ultimately be granted in the main proceedings. In particular, the imposition of some of the disciplinary sanctions announced by FIFA and UEFA would seriously jeopardize the creation of the ESL, also taking into account the conditions established in the relevant Shareholders and Investment Agreement of the Founding Clubs.²⁰

In conclusion, in the judges’ view the interim measures requested would seem proportionate and adequate to guarantee the protection sought in the main proceedings.

¹⁷ *Juzgado de lo Mercantil*, 8, cit., 12.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Juzgado de lo Mercantil*, 11, cit., 12.

²⁰ See section 3.2 below.

2.2 *An inglorious “redemption”?*

At the time of writing, the ESL saga is developing along twin tracks.

On 7 May 2021, UEFA “reintegrated” the nine clubs (i.e. Arsenal FC, AC Milan, Chelsea FC, Club Atlético de Madrid, FC Internazionale Milano, Liverpool FC, Manchester City FC, Manchester United FC and Tottenham Hotspur FC) that “*in a spirit of reconciliation, and for the good of European football*” withdrew from the ESL and later recognized their mistake.²¹ Such group of “redeemed” clubs submitted to UEFA a “Club Commitment Declaration” summarizing the position of the clubs, including their commitment to UEFA Club Competitions as well as national club competitions.

As stated by UEFA, an Emergency Panel of its Executive Committee was convened, “*which took into due consideration the spirit and the content of the Club Commitment Declaration and decided to approve various actions, measures and commitments made by the clubs. A formal confirmation of the commitments and the manner of the clubs’ reintegration and participation in UEFA Club Competitions has been agreed between and signed by UEFA and those nine clubs. The approved reintegration measures are full and final*”.²² In particular, the nine clubs acknowledged and accepted that the ESL project was a mistake and apologized to fans, national associations, national leagues, fellow European clubs and UEFA. They also recognized that the project would not have been authorized under UEFA Statutes and Regulations.

In particular, the commitment package offered to UEFA includes a number of undertakings, which will result in the clubs: (a) unreservedly acknowledging and accepting the binding nature of the UEFA Statutes; (b) remaining committed to and participating in any UEFA Club Competitions each season for which those clubs qualify on sporting merit; (c) rejoining the European Club Association, which is the only representative body for clubs recognized by UEFA; (d) taking all steps within their power with a view to terminate their involvement in the company established to form and operate the ESL and ceasing any existing related legal actions; (e) as a gesture of goodwill, and along with the other clubs, making a donation totaling an aggregate of EUR 15 million, to be used for the benefit of children, youth and grassroots football in local communities across Europe, including the UK; (f) being subject to the withholding of 5% of the revenues they would have received from UEFA Club Competitions for one season, which will be redistributed; (g) agreeing to have substantial fines imposed if they seek to play in such an unauthorized competition (EUR 100 million) or if they breach any other commitment they have entered into in the Club Commitment Declaration (EUR 50 million); and (h) providing individual commitments to UEFA in which all

²¹ See www.uefa.com/insideuefa/mediaservices/mediareleases/news/0269-123871bd86ca-d9571aa78f72-1000--uefa-approves-measures-for-nine-clubs/.

²² *Ibidem*.

the principles and values set out in the 2019 Memorandum of Understanding between UEFA and the European Club Association are accepted.²³

As for the other clubs that have so far refused to renounce the ESL (i.e. Real Madrid FC, Juventus FC and Barcelona FC, which insist on defending the ESL project against both UEFA and the nine withdrawing clubs),²⁴ UEFA reserved all rights to take whatever action it deems appropriate against them, including by referring the matter to the competent UEFA disciplinary bodies.

²³ As reported by UEFA, President Aleksander Čeferin commented: “I said at the UEFA Congress two weeks ago that it takes a strong organisation to admit making a mistake especially in these days of trial by social media. These clubs have done just that. In accepting their commitments and willingness to repair the disruption they caused, UEFA wants to put this chapter behind it and move forward in a positive spirit. The measures announced are significant, but none of the financial penalties will be retained by UEFA. They will all be reinvested into youth and grassroots football in local communities across Europe, including the UK. These clubs recognised their mistakes quickly and have taken action to demonstrate their contrition and future commitment to European football. The same cannot be said for the clubs that remain involved in the so-called ‘Super League’ and UEFA will deal with those clubs subsequently.”

²⁴ Following (and in response to) the statement released by UEFA, on 8 May the three clubs circulated the following joint statement: “In relation to the statement released by UEFA on the 7th May in respect of the Super League and the position taken by 9 of its founding clubs, Fútbol Club Barcelona, Juventus and Real Madrid Club de Fútbol state the following:

(i) The founding clubs have suffered, and continue to suffer, unacceptable third-party pressures, threats, and offenses to abandon the project and therefore desist from their right and duty to provide solutions to the football ecosystem via concrete proposals and constructive dialogue. This is intolerable under the rule of law and Tribunals have already ruled in favour of the Super League proposal, ordering FIFA and UEFA to, either directly or through their affiliated bodies, refrain from taking any action which may hinder this initiative in any way while court proceedings are pending.

(ii) The Super League project was designed jointly by its 12 founding clubs:

a) with the aim of providing solutions to the current unsustainable situation in the football industry. The 12 founding clubs shared the same concerns -as other stakeholders in European football do-, particularly under the current socio-economic context, that structural reforms are indispensable to ensure our sport stays appealing and survives in the long-term. To that effect, on 18th April, they announced their willingness to create the Super League and establish a channel of communication with UEFA and FIFA, in a constructive spirit of collaboration between the parties, as it was so notified to each of them on such date;

b) with the utmost respect for the current football structures and ecosystem. The founding clubs expressly agreed that the Super League would only take place if such a competition was recognised by UEFA and/or FIFA or if, in accordance with applicable laws and regulations, it was deemed to be a competition duly compatible for all purposes with the continuity of the founding clubs in their respective domestic competitions. However, despite being aware of the above terms, UEFA and FIFA have so far refused to establish any adequate channel of communication; and

c) to bring financial stability to the entire European football family, currently under the effects of a deep crisis that threatens the survival of many clubs. Testament of it, the announced commitment to establish annual solidarity payments for guaranteed annual amounts that materially multiply those distributed by UEFA, and the obligation to reinforce financial sustainability rules, through the creation of a clear, transparent and effective control system verified by experts.

(iii) The 12 founding clubs also acknowledged that the Super League was a unique opportunity to offer fans around the world the best possible show and to reinforce global interest in the sport, which is not a “given” and is challenged by new generational trends. Moreover, one of its main objectives was to promote women’s football on a global level, a tremendous, but currently underestimated, opportunity for the sector.

2.3 Latest occurrences

In the meanwhile, the Juzgado of Madrid requesting the Court of Justice of the European Union (CJEU) for an expedited preliminary ruling²⁵ on whether UEFA (and FIFA) can be in breach of competition rules by blocking the ESL – in light of the interpretation of Artt. 101 and 102 TFEU, on the one hand, and of Artt. 45, 49, 56 and 63 TFEU, on the other – is heating up the football industry. This request is made within the context of the declaratory claim filed before the Juzgado of Madrid on behalf of European Super League Company S.L. on 19 April 2021, which led to the *inaudita alter parte interim measures* granted the very next day, as mentioned above.

In a nutshell, the Spanish judge is now referring six questions to the CJEU (as commented elsewhere, perhaps “*a bit over the threshold which separates interpreting EU law and applying it to the case at hand*”),²⁶ aimed at ascertaining whether specific statutory provisions by UEFA and FIFA fall under the prohibition of either Art. 101 or Art. 102 TFEU, or both. In case of an affirmative answer regarding the former, the Juzgado of Madrid is further asking whether the exception set forth in Art. 101(3) TFEU could nevertheless apply; in case of a positive answer concerning the application of Art. 102 TFEU, the equivalent question is whether such an abusive conduct could benefit from an objective justification. Furthermore, the Juzgado of Madrid is seeking guidance as to whether the prior authorization required by FIFA and UEFA for the establishment of a pan-European

(iv) *We are fully aware of the diversity of reactions to the Super League initiative and, consequently, of the need to reflect on the reasons for some of them. We are ready to reconsider the proposed approach, as necessary. However, we would be highly irresponsible if, being aware of the needs and systemic crisis in the football sector, which led us to announce the Super League, we abandoned such mission to provide effective and sustainable answers to the existential questions that threaten the football industry.*

(v) *We regret to see that our friends and founding partners of the Super League project have now found themselves in such inconsistent and contradictory position when signing a number of commitments to UEFA yesterday. However, given that the material issues that led the 12 founding clubs to announce the Super League weeks ago have not gone away, we reiterate that, to honour our history, to comply with our obligations towards our stakeholders and fans, for the good of football and for the financial sustainability of the sector, we have the duty to act in a responsible manner and persevere in the pursuit of adequate solutions, despite the unacceptable and ongoing pressures and threats received from UEFA.*

(vi) *Mostly, we reiterate to FIFA, UEFA and all football stakeholders, as we have done on several occasions since the announcement of the Super League, our commitment and firm will to discuss, with respect and without intolerable pressure and in accordance with the rule of law, the most appropriate solutions for the sustainability of the whole football family.” See www.juventus.com/en/news/articles/statement-from-barcelona-juve-and-real.*

²⁵ The request is registered at the CJEU with Case C-333/21. The Court is still considering whether to deal with the request under an urgent procedure, which would allow for a judgment within 8 or 9 months. While waiting for the request to be available at the official website of the CJEU, it can be retrieved at: www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7dc491cbc7f13a27/20210518.

²⁶ See MARTA REQUEJO ISIDRO, *Will Super League Be Played at the Court of Justice?*, available at: <https://eapil.org/2021/05/31/will-super-league-be-played-at-the-court-of-justice/>.

club competition is compatible with the provisions protecting the free movement of persons, services and capital in the Single Market. A good translation of the six questions goes as follows:²⁷

- *“Shall Article 102 TFEU be interpreted as prohibiting FIFA and UEFA, which have conferred upon themselves an exclusive competence to organize or authorize international club competitions in Europe, an abuse of a dominant position consisting in imposing in their Statutes (in particular, articles 22 and 71 to 73 of the FIFA Statutes, articles 49 and 51 of the UEFA Statutes, and any similar article contained in the statutes of member associations and national leagues) any third party entity wishing to establish a new pan-European club competition such as the Super League the need to obtain prior authorization, in particular as there is no regulated procedure based on objective, transparent and non-discriminatory criteria, and taking into account the possible conflict of interests that would affect FIFA and UEFA?”*
- *“Shall Article 101 TFEU be interpreted as meaning it prohibits FIFA and UEFA, which have granted themselves exclusive competence to organise or authorise international competitions in Europe, to require in their statutes (in particular Articles 22 and 71 to 73 of FIFA’s statutes, Articles 49 and 51 of UEFA’s statutes, and any similar article in the statutes of member associations and national leagues) their prior authorisation for any third party entity to establish a pan-European club competition, such as that at issue in the main proceedings, in particular as there is no regulated procedure thereto based on objective and non-discriminatory criteria, and taking into account the possible conflict of interest that would affect FIFA and UEFA?”*
- *“Should Articles 101 and / or 102 TFEU be interpreted as meaning that they prevent FIFA, UEFA, their member associations and / or national leagues, to threaten with sanctions the clubs participating in the Super League, and / or its players, in light of the deterrence effect such threats can generate? In case sanctions for exclusion from competitions or the prohibition to participate in national team matches are adopted, would they, without being based on objective, transparent and non-discriminatory criteria, constitute a violation of Articles 101 and / or 102 of the TFEU?”*
- *“Are Articles 101 and/or 102 TFEU to be interpreted as incompatible with Articles 67 and 68 of the FIFA Statute, in so far as the latter identify UEFA and its national federations as ‘original holders of all rights arising from competitions... within their respective jurisdiction’, thus depriving participating clubs and any alternative competition organiser of the original ownership of said rights, and assuming the exclusive responsibility for their marketing?”*

²⁷ *Ibidem.*

- *“If FIFA and UEFA, as entities entrusted with exclusive competence to organise and authorise international football clubs competition in Europe, prohibit or oppose, on the basis of the abovementioned provisions of their statutes, the development of the Super League, must Article 101 TFEU be interpreted as meaning that those restrictions on competition benefit from the exception it provides for, considering that: production is substantially limited, alternative products to those offered by FIFA / UEFA in the market is prevented, and innovation is restricted in that other formats and modalities are prevented, thus potential competition in the market is removed and consumer choices limited? Would such a restriction have an objective justification, so that it could be concluded that there is no abuse of a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU?”*
- *“Are Articles 45, 49, 56 and/or 63 TFEU to be interpreted as meaning that a provision such as that contained in the FIFA and UEFA Statutes (in particular under Articles 22 and 71 to 73 of the FIFA statutes, Articles 49 and 51 of the UEFA Statutes and any other similar article contained in the statutes of associations belonging to national leagues) constitutes a restriction of one of the fundamental freedoms enshrined in those provisions, in that it requires prior authorisation of those entities for an economic operator of a Member State to establish a pan-European competition?”*

On 26 May 2021, in line with its previous statement and upon appointing ethics and disciplinary inspectors to conduct a proper investigation, UEFA formally opened disciplinary proceedings against Real Madrid, Barcelona and Juventus, the three clubs that are still refusing to abandon the ESL project. The decision follows an investigation conducted by UEFA Ethics and Disciplinary Inspectors in connection with the potential violation of UEFA’s legal framework.²⁸

On the very same day, the three secessionists released another joint statement to reject UEFA’s course of action.²⁹

²⁸ See <https://disciplinary.uefa.com/insideuefa/disciplinary/updates/0269-125cd4eadd13-fbde697983d0-1000—proceedings-opened-against-real-madrid-cf-fc-barcelona-and-juve/>.

²⁹ The statement reads as follows:

“FC Barcelona, Juventus FC and Real Madrid CF wish to express their absolute rejection of the insistent coercion that UEFA has been maintaining towards three of the most relevant institutions in the history of football. This alarming attitude constitutes a flagrant breach of the decision of the courts of justice, which have already made a clear statement warning UEFA to refrain from taking any action that could penalise the founding clubs of the Super League while the legal proceedings are ongoing.

Therefore, the opening of disciplinary proceedings by UEFA is incomprehensible and is a direct attack against the rule of law that we, the citizens of the European Union, have democratically built up, while constituting a lack of respect toward the authority of the courts of justice themselves. From the beginning, the Super League has been promoted with the aim of improving the situation of European football, through permanent dialogue with UEFA and with the objective to increase the interest in the sport and to offer fans the best possible show. This objective has to be achieved in a

The interim measure adopted by the Juzgado of Madrid – by which the Spanish court upheld the request of the European Super League Company S.L., as described above – was notified by the Minister of Justice of Switzerland to FIFA and UEFA on 2 June 2021.³⁰

Quite inevitably, on 9 June 2021 the independent UEFA Appeals Body issued a decision to temporarily suspend the disciplinary proceedings that had been opened against the three secessionists for a potential violation of UEFA's legal framework in connection with the ESL project. As clarified by UEFA in its relevant statement, *“the decision of the independent UEFA Appeals Body has been taken without prejudice to the question about the enforceability of the Court Order in Switzerland. In reliance on the Court Order, the mentioned three clubs have sought to shield themselves from potential disciplinary consequences related to this so-called ‘Super League’ project”*.³¹ The statement goes on to clarify that *“UEFA understands why the disciplinary proceedings needed to be suspended for the time being, but remains confident in and will continue to defend its position in all the relevant jurisdictions. The legitimacy of sports disciplinary procedures, with the right to appeal to the Court of Arbitration of Sport, has long been recognised as being essential to the uniform administration of justice in sport. The European Court of Human Rights, EU Courts and the Swiss Federal Tribunal have repeatedly ruled that disciplinary/arbitration rules are justified by legitimate interests linked to the specific nature of the sport. UEFA, therefore, acted in accordance with not only its Statutes and Regulations, but also with EU law, the European Convention on Human Rights and Swiss law in opening an independent investigation into the conduct of the clubs associated with this so-called ‘Super League’ project. UEFA will take all necessary steps in strict accordance with national and EU law in order for the UEFA Appeals Body to be in a position to resume the disciplinary proceedings as soon as possible”*.³²

Irrespective of how the saga will develop in the near future from a procedural standpoint, the authors of this article take the view that any chance for the ESL to survive or revive cannot be assessed against abstract considerations of

framework of sustainability and solidarity, especially in a precarious economic situation such as the one many clubs in Europe are currently experiencing.

Instead of exploring ways of modernizing football through open dialogue, UEFA expects us to withdraw the ongoing court proceedings that question their monopoly over European football. Barcelona, Juventus and Real Madrid, all of them more than a century old, will not accept any form of coercion or intolerable pressure, while they remain strong in their willingness to debate, respectfully and through dialogue, the urgent solutions that football currently needs.

Either we reform football or we will have to watch its inevitable downfall.”

See www.juventus.com/en/news/articles/statement-from-barcelona-juve-real-26-05.

³⁰ See <https://iusport.com/art/26759/la-superliga-entra-en-otra-fase-uefa-ya-ha-recibido-el-auto-del-juez>.

³¹ See www.uefa.com/insideuefa/news/026a-127ac8d9a2a5-ae10445760c4-1000—disciplinary-proceedings-temporarily-suspended-against-barcelon/.

³² *Ibidem*.

matters of principle only. To the contrary, the ESL's destiny will primarily depend on the outcome of the assessment under EU antitrust rules of both the "object" and competitive "effects" of (a) the ESL project in itself and (b) UEFA's legal position and conduct vis-a-vis the ESL (including the teams and players involved).³³

The risk in both cases is to throw out the baby with the bathwater.

Far from making up to any crystal ball, the next sections will attempt to navigate the deep waters of the ESL vessel: "*for there are devils in the deep, but worst are the ones we make*"!³⁴

3. *The ESL project from a sporting and corporate perspective*

On 31 May 2021, the online Spanish journal *El Confidencial* published part of the Shareholders' Agreement that the Founding Clubs entered into for the creation of the ESL.³⁵

It essentially confirmed the description of the ESL project contained in the preliminary ruling rendered by the Juzgado of Madrid,³⁶ adding some interesting points both from a sporting and legal perspective.

Before proceeding with an in-depth analysis of the legal challenges posed by the ESL project under EU competition law, it would be worthwhile describing the sporting features and the legal structure of the ESL as emerging from the above-mentioned agreement in conjunction with the decision of the Spanish court, along with the press release announcing the ESL.

3.1 *The sporting perspective*

Firstly, it is worth highlighting that the ESL does not appear to have been conceived as a parallel competition totally breaking with the UEFA tournaments.

Indeed, according to Recital 4 of the Shareholders' Agreement, the ESL shall be subject to its recognition by FIFA and UEFA or, on a subsidiary basis, to adequate legal protection from the competent European Courts and/or administrative bodies under terms which allow the orderly participation of the Founding Clubs in the ESL in a manner compatible with their participation in their respective domestic leagues and cups.

As for the competition format, the ESL is designed as an annual football competition to be played between 20 participating clubs: 15 Founding Clubs and 5

³³ See section 5 below.

³⁴ Quote by Patrick Ness's book "*And the Ocean was Our Sky*" (2018), reinterpreting Moby Dick, by Herman Melville.

³⁵ See www.elconfidencial.com/deportes/futbol/2021-05-31/superliga-florentino-perez-ley-bosman_3106435/. The Shareholders Agreement – which can be downloaded at the same link – appears to have been drafted both in English and Spanish. However, the document shared does not contain all the contractual provisions, either in the Spanish or the English version.

³⁶ See section 2 above.

wild cards for clubs that would qualify annually, based on achievements in the prior sporting season.

The ESL would have a mid-week match calendar and all participating clubs, in light of the above said condition, would continue to compete in their respective national tournaments, avoiding any overlap.

The competition would have an August start, with clubs participating in two groups of ten, playing both home and away fixtures.

The top three in each group would automatically qualify for the quarterfinals, while teams ending fourth and fifth would compete in a two-legged play-off for the remaining quarterfinal positions.

A two-leg knockout format would be used to reach the final at the end of May, which would be played on a Saturday and staged as a single fixture at a neutral venue.

Interestingly, support for European football is also foreseen via a “*long term commitment to uncapped solidarity payments*”,³⁷ whose amounts would increase in line with the ESL’s revenues and would supposedly be in any case higher than those generated by UEFA Champions League.³⁸ More specifically, 8% of the broadcasting revenues would be distributed for the purpose of solidarity payments, subject to the available liquidity of the ESL companies once complied with all their obligations.³⁹

Furthermore, as soon as practicable after the start of the men’s competition, a corresponding women’s league would also be launched, with the aim of helping to advance and develop women’s football.

Finally, fans, who opposed the ESL most vehemently, would appear to be at the core of the project. Indeed, ESL “...*has been designed for the long-term benefit of all global fans*” and “*will give them the opportunity to watch the best clubs and players in the world compete with each other at the highest level...*”.⁴⁰

To further corroborate their importance, special benefits would be provided in the Shareholders’ Agreement through a “*Carta de aficionados*” (a “fan card”),⁴¹ including:

- a grant for guest fans covering international trips to assist their teams;
- the establishment of “*embajadas de aficionados*” (fan embassies);
- transport services for guest fans in the cities;
- a minimum level of dedicated facilities and services within the stadium; and

³⁷ ESL press release, cit., 5.

³⁸ A EUR10 billion excess – the ESL press release says – during the initial commitment period of participating clubs has been estimated.

³⁹ See *Anexo 10.5* – Annex 10.5 – of the Shareholders Agreement, named “*Principios de distribución de Ingresos de la SL*”, 11 of the Spanish version of the Shareholders Agreement.

⁴⁰ See Recital 1 of the Shareholders Agreement, English version, 7.

⁴¹ See *Anexo 11.4* – Annex 11.4 – of the Shareholders Agreement, Spanish version, 12.

- with regard to the ESL final: (i) 70% of seats within the stadium would be dedicated to the fans of the two teams reaching the final, (ii) the ESL final would be held in stadiums with a minimum capacity of 60,000 seats, and (iii) 50% of tickets would have a capped price.

3.2 *The ESL's legal structure: corporate and financial features*

As for the legal structure, the Founding Clubs would all be equal shareholders of European Super League Company S.L. (ESLC), a limited liability company with legal seat in Madrid and in charge of the organization of the ESL. The ESLC would act as the parent company of a group comprising at least three subsidiaries, namely:⁴²

- i. *SL Sports Co S.L.*, which would be in charge of the supervision and daily management of the ESL from a sporting, disciplinary and financial standpoint;
- ii. *SL MediaCo1*, which would be in charge of worldwide commercialization of the ESL broadcasting rights; the license of the ESL clubs' media rights to *SLMediaCo1* – and the respective remuneration due by *SLMediaCo1* to the ESL clubs for the license – would be regulated in detail by specific agreements to be entered into between the Founding Clubs and the 5 qualified clubs; and
- iii. *SL CommercialCo*, which would supervise and manage all the commercial agreements other than those related to ESL broadcasting.

As regards the financial structure, the decision of the Juzgado of Madrid reports that on 17 April 2021 the American investment bank JP Morgan, one of the most powerful groups at international level, and Tivalino Investment S.L., a private bank based in Barcelona, committed to grant the ESL a loan amounting to EUR 3.983 billion. This amount would serve to support the infrastructure investment plans of the Founding Clubs throughout a contractual scheme involving another company named “*Interim AgentCo*”, which would issue bonds under the supervision of JP Morgan in order to open the doors to institutional investors interested in financing the ESL.⁴³

4. *Sport and EU law: from the so-called “sporting exception” to organising sports and unsanctioned events*

The first paragraph of Art. 165 TFEU reads in its second part as follows:

“The Union shall contribute to the promotion of European sporting issues, while taking account of the specific nature of sport, its structures based on voluntary activity and its social and educational function”.

The above provision constitutes the institutional transposition of the so-called *sporting exception*: well before the express recognition in a legally

⁴² See pages 6-7 of the Spanish version of the Shareholders Agreement.

⁴³ *Juzgado de lo Mercantil*, 10, cit., 12.

binding document,⁴⁴ national judges have consistently asked EU judicial bodies to rule on the compatibility of sporting provisions with Community law – now EU law.

The typical question has been whether sport presents specific features that make it peculiar compared with other economic activities and thus exempt sportive rules, or any rules set forth by sporting organizations, from the application of Community/EU law.

The Community/EU case law related to the specificity of sports has concerned primarily the internal market freedoms – namely free movement of workers and free provision of services – to further broaden its scope to sports governance and its compatibility with EU antitrust rules.

4.1 Sport and EU law: case-law focusing on Single Market freedoms

In *Walrave and L.J.N. Koch v Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo (Walrave)*,⁴⁵ the request for a preliminary ruling submitted to the European Court of Justice (CJEU) related to a provision contained in the *Union Cycliste Internationale* (UCI) Regulations, whereby a pacemaker (i.e. the coach) was required to be of the same nationality as the cyclist.

Specifically, the CJEU was asked to issue a preliminary ruling on whether the above-mentioned provision contravened the prohibition of discrimination based on nationality set out in Art. 7 of the Treaty,⁴⁶ as well as on whether such provision amounted to a restriction to the free movement of workers and the free provision of services under Artt. 48 and 59 of the Treaty – Artt. 45 and 56 TFEU.⁴⁷

⁴⁴ The social and educational value of sport alongside its specificities compared with other economic activities have been stressed in previous and not binding policy statements (soft law), from the Declaration of Amsterdam (1997) to the so-called Helsinki Report on the Sport (1999) and the White Paper on Sport (2007).

⁴⁵ Court of Justice of the European Union, Judgment of 12 December 1974, Case 36/74, B.N.O. *Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo in European Court Reports*, 1974, 1905.

⁴⁶ Article 7 of the Treaty establishing the European Economic Community provided that “*within the scope of application of this Treaty, and without prejudice to any special conditions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited*”.

⁴⁷ Article 45 reads as follows:

“1. Freedom of movement for workers shall be secured within the Union.
2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.
3. It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:
(a) to accept offers of employment actually made;
(b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;
(c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;

The CJEU first set the following premises, which will characterize the rationale of all its subsequent decisions:

- according to the objectives of the European Community, “*sport is subject to Community law only insofar as it constitutes an economic activity within the meaning of article 2 of the Treaty*”,⁴⁸
- the public or private nature of the body issuing the rule is not relevant for the application of Community law provisions related to the protection of internal market freedoms, so that rules of an international sporting federation – a private association – may also be regarded as incompatible with the Treaty.⁴⁹

The CJEU held that the composition of sports teams, in particular of national teams, was a “*question of purely sporting interest*”⁵⁰ without any economic relevance and thus not affected by the discrimination and free movement provisions of the Treaty.

The same provisions of the Treaty invoked in *Walrave* are dealt with in the case *Gaetano Donà v. Mario Mantero* (hereinafter “*Donà*”).⁵¹

Following the same rationale behind *Walrave*, the CJEU held that the peculiar physiognomy of some competitions – for example, matches between national teams from different countries – could legitimately allow a restriction of internal market freedoms. Indeed, “*...those provisions do not prevent the adoption of rules of a practice excluding foreign players from participation in certain matches for reasons which are not of an economic nature, which relate to the particular nature and context of such matches and are thus of*

(d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission.

4. The provisions of this Article shall not apply to employment in the public service”.

Article 56 reads as follows:

“1. Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended.

2. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may extend the provisions of the Chapter to nationals of a third country who provide services and who are established within the Union”.

⁴⁸ *Walrave*, para. 4, cit., 45.

⁴⁹ *Walrave*, paras 17-19, cit., 45.

⁵⁰ *Walrave*, para. 8, cit., 45.

⁵¹ European Court of Justice, Judgment of 14 July 1976, Case 13/76, *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, in *European Court Reports*, 1976, 1333. Mr. Mantero, President of an Italian football club based in Rovigo, commissioned Mr. Donà to scout football players from other European Community Member States with a view to registering them with his club. However, alleging a provision of the FIGC Regulations whereby only Italian football players could be registered with Italian clubs, Mr. Mantero refused the footballers scouted and proposed by Mr. Donà, as well as refused to pay him the costs incurred through the scouting process.

Therefore Mr. Donà challenged the provision before the Italian Courts, arguing a violation of Articles 7, 48 e 59 of the Treaty and the Italian judge asked the CJEU to issue a preliminary ruling.

sporting interest only...”.⁵² However, it pointed out that such a restriction to the scope of the Treaty “*must remain limited to its proper objective*”.⁵³

Sporting bodies, over subsequent years, constantly misinterpreted both the *Walrave* and *Donà* decisions and tried to avoid the application of Community law by invoking an “all-encompassing” sporting exception whereby the whole of a sporting activity would have been excluded *per se* from the scope of the Treaty.

With the well-known case *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman (Bosman)*,⁵⁴ the CJEU reiterated the extent of the potential restriction of the scope of Community law against the attempt by UEFA to derive from the autonomy of sports an overall sporting exception.⁵⁵

The CJEU was requested to issue a preliminary ruling on the compatibility of rules laid down by sporting associations under which a professional footballer who, being a national of one Member State, could not, on the expiry of his contract with a club, be employed by a club of another Member State unless the latter club had paid to the former a transfer, training or development fee.⁵⁶

Despite being a landmark case in football law due to its consequences on the football transfer system, from a strictly juridical perspective, the CJEU reiterated nothing but *Walrave* and *Donà*'s arguments and deemed the transfer provisions as possibly restrictive to the freedom of movement of workers.⁵⁷

However – and here is the hinging point of the decision – the first signs of the proportionality test applied in the *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities (Meca-Medina)*⁵⁸ case had emerged:⁵⁹ the CJEU reached the above conclusion after assessing whether

⁵² *Donà*, para. 14 and later on para. 19, cit., 51.

⁵³ *Donà*, para. 15, cit., 51.

⁵⁴ European Court of Justice, Judgment of 15 December 1995, Case 415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* in *European Court Reports* 1995, 4921.

⁵⁵ *Bosman*, para. 71, cit., 54.

⁵⁶ Jean-Marc Bosman, a professional football player of Belgian nationality, was employed with RCF Liege, a Belgian First Division football club. Before his contract expired, RCF Liege had offered him a new contract with a lower salary. Bosman refused, he was put on the transfer list and a compensation fee for his transfer was set according to the above-mentioned rules. The footballer was able to arrange an agreement with US Dunkerque, a French Second Division club. A transfer agreement between the two clubs was signed and Bosman entered into an employment contract with the French club. Both contracts were conditioned on the issuance of the so-called International Transfer Certificate by the Belgian Federation. However, RCF Liege, which had doubts on US Dunkerque solvency, did not request said certificate from the Belgian Federation, as provided for in the FIFA Regulations, so that neither contract took effect and ultimately Bosman was suspended by RCF Liege, preventing him from playing for the entire season.

⁵⁷ *Bosman*, para. 76, cit., 54.

⁵⁸ European Court of Justice, Judgment of 18 July 2006, Case C-519/04, *David Meca-Medina and Igor Majcen v Commission of the European Communities* in *European Court Reports*, 2006, 6991

⁵⁹ See section 3.2..

legitimate objectives could justify the restrictive effect of the transfer rules and, if so, whether such measures were proportionate to pursue said objectives.

While, on the one hand, maintaining a financially competitive balance between clubs and supporting the search for talent and the training of young players could be considered as legitimate aims, on the other hand the CJEU found that the same objectives could be pursued with less restrictive measures, which meant that the second prong of the proportionality test was not met.⁶⁰

In *Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB) (Lehtonen)*⁶¹ the CJEU considered that the proportionality test was not met too, whilst two days before, in *Christelle Delière v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97) (Delière)*,⁶² it had further narrowed the *Walrave* exception by extensively interpreting the notion of economic activity and holding that the amateur nature of the sporting activity did not necessarily imply its economic irrelevance and thus the non-application of Community law.

4.2 *Sport and EU law: case-law focusing on sport governance and competition rules*

Albeit to a lesser extent, compared with rulings on the internal market freedoms, over the last few years, with the increasing commercialization of sport, EU judicial bodies have dealt with the relationship between sports – namely sport governance – and EU competition rules.

Laurent Piau v Commission of the European Communities (hereinafter *Piau*)⁶³ represents the first case the CJEU had ever pronounced in relation to the application of Artt. 81 and 82 of the Treaty – now 101 and 102 of the TFEU – to organisational sporting rules.⁶⁴

⁶⁰ *Bosman*, paras. 105-114, cit., 54.

⁶¹ European Court of Justice, Judgment of 13 April 2000, Case C-176-96, *Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, in *European Court Reports*, 2000, 2681.

⁶² European Court of Justice, Judgment of 11 April 2000, Joined Cases C-51/96 and C-191/97, *Christelle Delière v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97)*, in *European Court Reports*, 2000, 2549.

⁶³ Court of First Instance, Judgment of 26 January 2005, Case T-193/02, *Laurent Piau v Commission of the European Communities* in *European Court Reports*, 2005, 209 (the Court of Justice which rejected the appeal by inadmissibility, Case C-171/05).

⁶⁴ For the sake of completeness, already in *Bosman* the ECJ was asked to preliminarily rule on the compatibility of the transfer rules not only with the free movement of workers and the free provision of services, but also with art. 101 TFEU. The ECJ, however, did not address said challenge.

The Court of First Instance (CFI) was requested to rule upon a decision taken by the European Commission whereby FIFA rules regulating access to a football agent's profession were deemed compatible with antitrust rules.

Following previous case-law on the extent of the sporting exception, the CFI clarified that the fact that a national association gathers both professional and amateur clubs does not affect its qualification as an association of undertakings; the court deemed as legitimate the objective to raise professional standards by introducing a selection to become a player's agent, which resulted in the FIFA Regulations on football agents being in line with EU competition rules.

When it comes to organisational sporting rules and EU antitrust provisions, however, *Meca-Medina* stands out as a landmark case. Indeed, it finally "*enhanced legal certainty by clearly pronouncing that there exists no such a thing as a category of 'purely sporting rules' that would be excluded straightway from the scope of EU competition law*"⁶⁵ and by setting a new methodological framework to assess compliance of sporting rules with EU antitrust law.⁶⁶

Meca-Medina and Igor Majcen challenged the FINA anti-doping rules before the European Commission as incompatible with the freedom of movement for workers and competition law (Art. 101 TFEU). The European Commission – and the CFI in the subsequent proceedings – rejected the complaints holding that, in light of the previous CJEU case law, anti-doping rules were of purely sporting interest and did not fall within the scope of the Treaty.

The two swimmers appealed the decision before the CJEU, alleging a misinterpretation of the concept of purely sporting rules and consequently the scope of Community law.⁶⁷ Going over the previous decisions and accepting the above-mentioned grounds, the CJEU clarified that even if the rule at hand was of a sporting nature and, as such, had nothing to do with an economic activity, this did not necessarily mean that the activity governed by that rule or the sporting body which lays down the rule can escape the application of Community law: "*if the sporting activity in question falls within the scope of the Treaty, the conditions for engaging in it are then subject to all the obligations which result from the various provisions of the Treaty*".⁶⁸

⁶⁵ R.C.R. SIECKMAN, *Introduction to International and European Sports Law*, Chapter 3, *The specificity of sport: sporting exceptions in EU law*, Asser International Sports Law Series, 2012.

⁶⁶ The case involved two professional athletes, competing in long-distance swimming, who failed an anti-doping test undertaken during the World Cup of their discipline. FINA's Anti-Doping Panel sanctioned them with a four-year ban and the Court of Arbitration for Sport (CAS) confirmed the decision. However, subsequent to the decision, it was found that the prohibited substance (nandrolone) could be produced endogenously by the human body, at a level exceeding the one accepted, in case certain food such as bear meat had been consumed. In light of this, the original ban was reduced to two years.

⁶⁷ *Meca-Medina*, paras 18-19, cit., 58.

⁶⁸ *Meca-Medina*, para. 28, cit., 58.

Therefore, the CJEU, following what was already upheld in *Bosman*, went on to clarify that even purely sporting provisions, the very laws of the game, must comply with Community law.

The above conclusion implies a fundamental change in the assessment of the EU compatibility test. Indeed, following the legal test inspired by *Wouters & Others*,⁶⁹ for the purposes of application of EU antitrust rules to sport organizational measures, the following points need to be taken into account:

- the overall context in which the provision was adopted or produced its effects – the compatibility with antitrust rules cannot be assessed in abstract;
- whether the restrictive effects of competition are inherent in the pursuit of the objectives; and
- whether they are proportionate to them.⁷⁰

Within this new framework, the CJEU however concluded that, although in principle capable to produce restrictive effects by excluding athletes from competitions, the anti-doping rules pursued legitimate objectives – integrity of the competition and protection of athletes' health – inherent in the organization and proper conduct of competitive sport.⁷¹

Moreover, the threshold for the banned substance and the severity of the penalty provided were proportionate and did not go beyond what was necessary to pursue the above-mentioned objectives.⁷²

Hence the *Meca-Medina* case marks a paradigm shift: the blank-exemption providing sport with a full shield from the application of EU law, resulting from previous case-law, was replaced by a proportionality test based on a case-by-case analysis, so that “*what was initially an exception turned into a justification on competition or free movement of workers, subject to the principle of proportionality*”.⁷³

Although the specificity of sports is not specifically addressed, the *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio (MOTOE)* case⁷⁴ constitutes an important reference parameter to interpret the latest events occurred in relation to the ESL project.

MOTOE is a private and non-profit making association whose object is the organisation of motorcycling competitions in Greece.

It submitted to the competent Minister an application for authorisation to organise competitions within the framework of the MOTOE Panhellenic Cup.

⁶⁹ A non-sporting case where the ECJ ruled on restrictions imposed by the Dutch Bar.

⁷⁰ *Meca-Medina*, para. 42, cit., 58.

⁷¹ *Meca-Medina*, paras. 43-45, cit., 58.

⁷² *Meca-Medina*, paras. 49-55, cit., 58.

⁷³ K.KERHLI, *The Unspecified Specificity of Sport: a proposed solution to the European Court of justice's treatment of the specificity of sport*, in *Brooklin Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 1, 2014.

⁷⁴ European Court of Justice, Judgment of 1 July 2008, Case 49-07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v Elliniko Dimosio*, in *Digital Report (Court Reports – General)*, 2008, 376.

According to Art. 49 of the Greek Road Traffic Code, the above application was sent to *Elliniki Leskhi Aftokinitou kai Periigiseon* (ELPA), a non-profit making association representing the International Motorcycling Federation in Greece and competent to give a declaration of consent for the holding of such events.

MOTOE did not receive any response and, pleading the unlawfulness of that implicit rejection, brought an action before the Greek Administrative Court of First Instance.

It claimed *inter alia* that Art. 49 of the Greek Road Traffic Code was incompatible with Artt. 82 and 86 of the Treaty – now 102 and 110 TFEU⁷⁵ – on the grounds that it conferred ELPA with a monopolistic and abusive position in that market. The judge rejected these arguments and dismissed MOTOE's action.

MOTOE then lodged an appeal and the Greek Administrative Court of second instance found that:

- on the one hand, for the purpose of application of EU competition rules, ELPA was an undertaking: its activities were not of a merely sporting nature since it could also enter into sponsorship and advertising agreements relating to the organized events; and
- on the other hand, Art. 49 of the Greek Road Traffic Code did not provide a third-party wishing to organize competitions with the necessary procedural safeguards in circumstances where its application had previously been rejected.

Against the backdrop outlined above, the Greek judge requested the CJEU for a preliminary ruling on the definition of ELPA as an undertaking and, subsequently, on the compatibility of Art. 49 of the Greek Road Traffic Code with EU antitrust rules.

After clarifying the reason why ELPA should be labelled as an undertaking,⁷⁶ in assessing whether it held a dominant position within the common

⁷⁵ Article 102 (former Article 82 TEC) reads as follows:

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”*

Article 110 (former Article 90 TEC) reads as follows:

“No Member State shall impose, directly or indirectly, on the products of other Member States any internal taxation of any kind in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products. Furthermore, no Member State shall impose on the products of other Member States any internal taxation of such a nature as to afford indirect protection to other products”.

⁷⁶ MOTOE, paras. 26-29, cit., 74.

market, the CJEU concluded that Art. 49 was not in line with Artt. 82 and 86 EC on the grounds that follow: “[t]o entrust a legal person such as ELPA, which itself organises and commercially exploits motorcycling events, the task of giving the competent administration its consent to applications for authorization to organise such events, is tantamount de facto to conferring upon it the power to designate the persons authorised to organise those events and to set the condition in which those events are organised, thereby placing that entity at an obvious advantage over its competitors”.⁷⁷

Most recently, the CJEU’s General Court⁷⁸ has ruled on the compatibility with EU competition law of the *International Skating Union (ISU) Eligibility Rules*.⁷⁹

As a premise, the ISU is the sole international sports federation recognized by the International Olympic Committee (IOC) for the purposes of managing and administering figure skating and speed skating. In addition to this regulatory activity, it also carries out a commercial activity whereby it organizes a number of international speedy skating competitions, including European and World Championships and the Winter Olympic Games.

In 2014, a private Korean company named *Icederby International Co. Ltd* sought to organise its own international skating competition in a new format in Dubai, the Dubai Grand Prix: long-track speed skaters would have competed next to short-track speed skaters side-by-side in mass start races; betting on races would have been allowed and winners would have been awarded with consistently higher amounts than the average prize award foreseen among all the competitions organised by the ISU.

However, according to Artt. 102 and 103 of the ISU Eligibility Rules in force at the time,⁸⁰ both skaters and officials participating in an event not sanctioned by the ISU and/or the national member associations were ineligible to participate in ISU competitions and sanctioned with penalties ranging from a mere warning to a lifetime ban – the latter sanction specifically and exclusively foreseen for rebel

⁷⁷ *MOTOE*, para. 51, cit., 74.

⁷⁸ The CJEU is divided into 2 courts: (i) Court of Justice – dealing with requests for preliminary rulings from national courts, certain actions for annulment and appeals and (ii) General Court – ruling on actions for annulment brought by individuals, companies and, in some cases, EU governments. In practice, this means that this court deals mainly with competition law, State aid, trade, agriculture, trademarks.

⁷⁹ General Court, Court of the European Union, Judgment of 16 December 2020, Case T-93/2018, *International Skating Union v. Commission*. On the ISU case see S. BASTANION, *The ISU Commission’s Decision and the Slippery Side of Eligibility Rules*, 2018, www.asser.nl/SportsLaw/Blog/; S. BASTANION, *The ISU case: Commission 2 -1 ISU*, 2021, www.eurojus.it/; V. TSVETANOVA, *Why The ISU’s Eligibility Rules Breached Competition Law And What It Means For Sports Governing Bodies*, 2021, www.lawinsport.com/; I. STICCHI, *Shall we skate on the ice? Yes, but following the competition rules*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, Vol. XVI, n. 3, 2020, 134.

⁸⁰ For a good explanation of the evolution of these provisions see V. SVETANOVA, *Why the ISU’s Eligibility Rules breached competition law and what it means for Sport Governing Bodies* in *LawinSport*, 2021.

athletes. It also further provided the exclusive competence of the Court of Arbitration for Sport for any appeal against a penalty.

The ISU considered that the participation of the athletes in the Dubai Gran Prix would have violated the ISU Code of Ethics prohibition against betting and refused to authorise the event.

Such a pre-authorisation system had the effect of dissuading athletes registered with ISU from freely taking part in an unsanctioned competition. As a consequence, it deprived the third-party organiser with the necessary output – i.e. human resources – to effectively run the event and, ultimately, to access the market.

Against this background, two Dutch professional skaters complained to the European Commission alleging a violation of EU competition law.

In its decision of 8 December 2017, the European Commission upheld the arguments raised by the two skaters and found the ISU Eligibility Rules (even in the 2016 amended version) were indeed incompatible with EU competition law as they constituted a restriction of competition “by object”, meaning that they were inherently anticompetitive in their purpose and nature (Art. 101 TFEU).

An in-depth EU antitrust law analysis of the *ISU* case will be further carried out for the purposes of our competition law assessment below.⁸¹ What needs to be stressed here is that the Commission, after recognizing a violation of Art. 101 TFEU (both by object and effect) by applying the *Meca-Medina* test, concluded that:

- while integrity of competition, safety of competition and protection of athletes’ health are all legitimate objectives that could justify a restriction of the competition, the ISU Eligibility Rules did not pursue any of these legitimate objectives since they also aim at protecting the economic interests of the federation;
- following the *MOTOE* case, the requirements applied could not be regarded as clearly defined, transparent, non-discriminatory or reviewable; and
- the penalties provided for by the Eligibility Rules were disproportionate even after the relaxation that took place in 2016.

In its assessment, the General Court substantially upheld the conclusion reached by the Commission in the case.⁸²

⁸¹ See section 5.2.

⁸² Before the Commission, the arbitration rules were also invoked as having a restrictive effect and the Commission agreed. The General Court instead rejects this argument. On the issue whether and to what extent arbitration clauses in the rules of dominant sporting associations could be held as restrictive of competition also see the press releases of the Commission N. IP/01/2523 of 30 October 2001 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_152) and N. IP/02/824 of 5 June 2002 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_02_824), reporting on the closing of the investigations on certain rules of, respectively, FIA and FIFA.

5. *Antitrust assessment of the ESL project and of the UEFA conduct vis-à-vis the ESL*

As anticipated by the title of this article and in the sections above, it is crucial to assess the lawfulness under EU competition law of the ESL project, on the one hand, and of the UEFA sanctioning measures, on the other. While the possible violation of other internal market freedoms may play a role, it is easy to predict that most of the analysis required by a court or arbitration body to decide who is right or wrong in this dispute (perhaps one should say, who is more wrong) will be centered around antitrust rules and principles, as established by case-law and practice of the EU competition authorities and courts.

This is confirmed by the arguments used by the ESL and the Spanish court to justify the interim measures imposed against the disciplinary measures of UEFA (also covering the threat of it, see section 2.1 above). And it is also confirmed by the centrality of competition law in the above mentioned *ISU* case. However, the substantive reason of the centrality of competition law in this case is twofold.

Firstly, for all the parties involved (players, teams and sporting associations), the real driver of the conduct under scrutiny is pure sporting and economic rivalry and their wish to ensure the largest possible number of wins/awards and market share of the economic returns of tournaments and football matches (mostly TV and media rights, but also sponsorships, merchandise, ticket sales and subscriptions to live matches at the stadium).

Football tournaments across the EU (including at the level of national associations) operate as open competitions between teams whereby success on the sportive merits generates financial rewards in terms of greater share of media revenues, more supporters and matches/ticket sales, more sponsorships/merchandise and, last but not least, more top players (the so-called “positive cycle”). These gains may in turn further enhance the sporting strength of a team and its chances to retain top ranking and tournament awards, thus gaining a stable competitive edge over competing teams.

Secondly, competition law is a juridical tool available to both parties (ESL and UEFA) to either attack (‘as a sword’) or defend from (‘as a shield’) the other party’s conduct in private litigation as well as in public enforcement scenarios. Notably, in this case, the parties may effectively use competition law as a sword or as a shield simultaneously against each other (and will likely do so).

Indeed, while, on the one side, the ESL is arguing that UEFA rules and disciplinary initiatives are aimed at precluding a competing organization to establish a more efficient tournament and therefore constitute either abusive conduct of a dominant undertaking under Art. 102 TFEU, or the result of anticompetitive agreement under Art. 101 TFEU, on the other side, UEFA (and national affiliated associations opposing the ESL) may argue that the ESL, as originally envisaged, constitutes a cartel-like conduct prohibited *per se*, as it is aimed at reserving the greatest share of the overall football revenues to a few select founding members,

subtracting them to the uncertainty of competition with a larger number of clubs relying on pure sportive performance.

UEFA may also argue that the ESL may cause the UEFA and affiliated national tournaments and national championships to become economically unsustainable, to the detriment of the pursuit of a more open and inclusive concept of competition which is more in line with the EU sports objectives enshrined in Art. 165 TFEU.

Notably, the fact that the ESL project has been put on hold does not preclude a prospective and hypothetical assessment of the legality of the project (as initially announced and assuming it were to be implemented) under EU competition law. That is because, as a first remark, the threat of reviving it is still present and, second, the legality of the UEFA sanctions under EU competition law (which have also been suspended, see above p. 46) must be assessed against the initial assumption that the ESL project would have been implemented, i.e. hadn't the UEFA threatened to impose sanctions. Moreover, should the ESL be deemed a cartel-like conduct, there would be no need to substantiate that the agreement (as originally announced) has been implemented (i.e. that it has already produced effects) to prove the antitrust infringement (see next sections).

In this scenario, the matter of free movement of workers will unlikely be decisive to the case as the "proportionality test" will be primarily addressed under the competition law framework.

Further, as anticipated at the end of section 3 above, antitrust case-law and literature are consistent in indicating that even the most serious infringement of antitrust rules, like "by object" or "hardcore" restrictions of competition (which are *per se* presumed as illegal), cannot be established in the abstract but need to adequately consider the legal and economic context of which they are part, including the evaluation of the so-called "counterfactual scenario" (i.e. what would have happened without the conduct concerned).⁸³ This is true in relation to antitrust assessment under either Art. 101 (which prohibits anticompetitive agreements) or Art. 102 TFEU (which prohibits abuses of a dominant position).⁸⁴

This also means that an analysis confined to the sole wording and meaning of the UEFA (or affiliated associations) or ESL rules and agreements should be deemed insufficient to substantiate a restriction of competition, be it "by object" or "by effect".

⁸³ *Ex multis*, CJEU, judgment of 11 September 2014, C-382/12 P, *Mastercard e a. v. Commission* (Mastercard); Case T 93/18, *International Skating Union v. Commission*, of 16 December 2020, para. 77.

⁸⁴ For a comprehensive review of the case-law and literature leading to this conclusion, see P. IBÁÑEZ COLOMO, A. LAMADRID, *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know* (October 8, 2016) (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2849831>); P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law* (May 12, 2020), in (2021) 17 *Journal of Competition Law & Economics* (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3599407>).

Considering this, it is likely that the CJEU, if it were to admit the referral request, will address the preliminary questions raised by the Juzgado of Madrid by restating the general principles set out in its existing case-law, without giving precise indications to the national court on how to decide the matter at hand since the outcome depends very much on the specific facts and circumstances of the case. There will be a need to strike the right balance between opposing legitimate objectives and it is for the national court (not for the CJEU) to gather, ponder and analyze all the available data and circumstances of the case. Indeed, the referral request from the Juzgado of Madrid, being it based on an interim and *prima facie* assessment of *fumus boni iuris* and *periculum in mora*, does not contain an illustration of all the relevant factual circumstances. Moreover, the principles applicable to requests for referral under Art. 267 TFEU prevent the CJEU from making final appreciation of facts of the specific case under exam, since such final appreciation is in the exclusive discretion and jurisdiction of the referring national court. It is a basic and consolidated principle of application of Art. 267 TFEU that the CJEU can only indicate the relevant principles and criteria to interpret EU law with respect to the specific questions referred by the national court but cannot decide directly on the case referred by the national court.⁸⁵

It is therefore conceivable that, should the CJEU admit the referral request, the preliminary ruling it could render, though certainly greatly contributing to clarifying the applicable principles and legal test, will not be decisive to the matter at hand. Only a competition authority, or a national court or an arbitration court, provided with expert support, will indeed be in a position to make a decision after a proper antitrust assessment of all the specific circumstances of the case.⁸⁶⁻⁸⁷

⁸⁵ *Ex multis*, Judgment of the CJEU of 11 December 1980, C-31/80 *L'Oréal v De Nieuwe AMCK*, para. 14; Judgment of the CJEU of 6 December 2017, C-230/16 *Coty Germany*, para. 41.

⁸⁶ See also D. BACH (Universität Düsseldorf), *The Super League and its related issues under EU Competition Law*, April 22, 2021, available on <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/04/22/the-super-league-and-its-related-issues-under-eu-competition-law>.

⁸⁷ For the sake of clarity, this article intentionally does not address the over-cited comparison between the ESL project and the Euroleague case in the basket field, nor, for similar reasons, the Six-Nation Rugby Championship. While the Euroleague case has also been the subject of a complaint before the Commission for breach of EU competition law, the outcome is yet to be delivered. Further, and in any case, the structure and dynamics of competition in the markets related to the sport of basket or rugby in Europe are so different and incomparable with European football that trying to draw a comparative analysis seems a moot exercise. The analysis of the two cases may indeed lead to opposite conclusions because of the entirely different economics and structure of competition (and of media revenues). For instance, the media and sponsorships revenues for basket and rugby are so differently structured and of such smaller magnitude than in European football that a significant increase of the overall revenues for said sports as a result of a breakout tournament or closed competitions, without significantly harming the sustainability of existing “official” or more inclusive tournaments, may be conceivable or more likely compared to European football. In April 2016, FIBA (International Basketball Federation) – which is a federation of national basketball associations – filed a complaint with the Commission alleging that Euroleague Commercial Assets (ECA) abused its dominance in the organisation of the Turkish Airlines Euroleague, the top tier

5.1 *By object and by effect restrictions of competition under EU law and practice*

The distinction between “by object” and “by effect” restrictions of competition is of a fundamental importance in understanding how competition law rules are interpreted and applied; particularly with respect to the allocation of the burden of proof between a claimant and a defendant.

The burden of proof, in turn, may very often be the decisive factor in deciding whether an infringement of Art. 101 or 102 TFEU can be found. Indeed, given the complexities entailed by antitrust analysis of firms’ conduct, in many (if not most) cases, the available empirical data and information are insufficient to draw certain conclusions on actual or potential impact on competition.

The assessment is necessarily made in terms of “capability” or “likelihood” of a conduct to produce certain effects on competition and, therefore, the ability of one party to shift the burden of proof onto the opponent is very often pivotal for winning a case. By the same token, the wide recourse to presumptions of anticompetitive effects based on circumstantial evidence is also a distinctive characteristic of antitrust assessments and investigations under both Artt. 101 and 102 TFEU.

One may easily infer that this distinction may be of decisive relevance in the antitrust analysis of the ESL and UEFA conduct. It is thus important to illustrate the notion of “restriction of competition” under both the ‘by object’ and ‘by effect’ prongs in view of their application to the case at hand.

Art. 101(1) TFEU provides that “*all agreements between undertakings*”, *decisions of associations of undertakings and concerted practices [...] which have as their object or effect the prevention restriction or distortion of competition*” are prohibited. However, it does not define what an anticompetitive “object” and “effect” of an agreement really looks like and the legal test to assess them. A quite consistent explanation of these notions can be drawn from the guidelines of the Commission⁸⁸ and, most importantly, from the

competition of European professional basketball. According to FIBA, ECA tied participation to that in the Eurocup, the second-tier competition. Meanwhile, ECA filed a complaint with the Commission of its own in February 2016 accusing FIBA of abusing a dominant position. In June 2016, the Munich Regional Court issued an interim judgment prohibiting FIBA from punishing associations for their members’ participation in rival competitors’ leagues, after clubs brought an action against a ban on participation in ECA-organised competitions. This case is still open and the European Parliament has also been involved. Reportedly, the Commission is trying to make the parties reach an amicable solution. Further, on 30 September 2020 the Union of European Leagues of Basketball (ULEB) also filed an antitrust complaint with the Commission against the same ECA (see ULEB announcement at www.uleb.com/news/uleb-files-competition-complaint-before-european-commission-against-euroleague-organizer-eca).

⁸⁸ Communications from the European Commission: *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, in OJEU C 101 of 27 April 2004; *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, in OJEU C 291 of 30 August 2014.

case-law of the CJEU;⁸⁹ though the many nuances and multifaceted structure of the concept of “restriction of competition” makes it difficult to strike a brief and comprehensive definition of the notions in question.

The first indication provided by the Commission and the CJEU is that an agreement having as its object the prevention, restriction or distortion of competition (within the internal market) is one that, *prima facie*, in light of the content and objective aims pursued by it, constitutes “by its nature and independently of any concrete effects that it may have, an appreciable restriction of competition”.⁹⁰ The second is that “in order to determine whether an agreement between undertakings reveals a sufficient degree of harm that it may be considered a restriction of competition by object within the meaning of Article 101(1) TFEU, regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part”.⁹¹ The third, “the concept of restriction of competition by object can be applied only to certain types of coordination between undertakings that reveal, by their very nature, a sufficient degree of harm to the proper functioning of normal competition that it may be found that there is no need to examine their effects”.⁹² Typically, this is the case of outright cartels or exchange of information on future prices between competitors, or the shared allocation of customers or markets.⁹³

The CJEU has then further clarified⁹⁴ that practices that restrict competition ‘by object’ are those that cannot be explained with a legitimate objective

⁸⁹ The most relevant case-law to understand the dynamics between by-object and by-effect infringements, as well as the required standard of proof under each of the two are the following: Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, EU:C:1986:41 (*Pronuptia*); Case C-286/13 *P Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, EU:C:2015:184 (*Bananas*); Case 42/84, *Remia BV and others v Commission*, EU:C:1985:327 (*Remia*); Case C-373/14 P, *Toshiba Corporation v European Commission*, EU:C:2016:26 (*Toshiba*); Case C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91 (*Delimitis*); Case C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires v Commission*, EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), *Mastercard*, cit., Case C-345/14, *SIA ‘Maxima Latvija’ v Konkurences padome*, EU:C:2015:784 (*Maxima Latvija*), Case C-226/11, *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others*, EU:C:2012:795; Case C 591/16 P, *Lundbeck LTD v. Commission*, of 25 March 2021 (*Lundbeck*); Case C-179/16, *Roche/Novartis v. Commission*, of 23 January 2018 (*Roche/Novartis*); Case T-691/14, *Servier and Others v. Commission*, of 12 December 2018 (*Sevier*); Case C 307/18, *Generics (UK) Ltd et o. v. Commission*, of 30 January 2020 (*Generics*); Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, EU:C:2009:343 (*T-Mobile*); Case C-228/18, *Budapest Bank*, of 2 April 2020 (*Budapest Bank*); Case T 93/18, *International Skating Union v. Commission*, of 16 December 2020; Case C-413/14 P, *Intel Corporation Inc v Commission*, of 6 September 2017 (*Intel*).

⁹⁰ See *Commission Guidelines on the application of Article [101(3)] of the Treaty*, cit. paras. 20-27; *De Minimis Notice*, cit., para. 2 and 13; CJEU judgment C-226/11, *Expedia*, cit., paras. 35-37.

⁹¹ See General Court judgments in *ISU*, cit, para.67, and cited CJEU case-law.

⁹² See General Court judgments in *ISU*, cit, para.66, and cited CJEU case-law.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Opinion of AG Wahl of 20 October 2016 in Case C-413/14 P, *Intel*, paras. 80-82; P. IBÁÑEZ COLOMO, A. LAMADRID, *On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know*, cit..

or pro-competitive aim and is safe to conclude that the only plausible rationale behind the conduct is to restrict or distort competition on a certain market (e.g. by reducing the uncertainty on strategic commercial conduct of rivals, or by excluding ‘as efficient’ competitors from the market).⁹⁵

There is consensus that this notion of “by object” restrictions under Article 101 TFEU can be applied similarly to unilateral conduct under Art. 102 TFEU, like in cases of dominant firms pricing below average variable cost (‘predatory pricing’) or imposing ‘loyalty rebates’ on customers (also known as ‘naked restrictions’).⁹⁶

Once a conduct is found to have as its object the restriction of competition, it is sufficient to show that the conduct, considering the legal and economic context of which it is part and based on “common experience” (or *id quod plerumque accidit*), is “capable” of producing such a restrictive effect in terms of ‘plausibility’ (which is less than ‘likelihood’). As a result, these practices can be safely presumed to have a net negative impact on competition, without carrying out an in-depth analysis of actual and potential effects on the relevant markets.⁹⁷

The presumption is rebuttable, meaning that undertakings can provide evidence that in the specific case at hand (i) the efficiencies and pro-competitive effects generated by the conduct outweigh the restrictive effects, (ii) a fair part of the benefits are reserved to consumers, and (iii) there is no less restrictive means to the achieve the same objective (so-called “individual exemption” pursuant to Art. 101.3 TFEU). However, the requisite standard to discharge the burden of proof to qualify for individual exemption is so strict that the Commission, in its guidelines on application of Art. 101(3), expressly says it is usually “unlikely” to meet in case of ‘by object’ restrictions.⁹⁸ A similar standard, as a matter of fact, applies to substantiate the “objective justification” required to discharge a “naked restriction” of a dominant undertaking under Art. 102 TFEU (e.g. predatory pricing, tying and loyalty rebates conditioned to exclusivity).

On the contrary, ‘by effect’ practices are those that can have a plausibly pro-competitive aim or legitimate objective but are also capable of restrictive effects. In such a case, the positive and negative impact of the conduct on competition must be adequately weighed through a deeper analysis of (a) the economic and legal context, and (b) the effects of the practice on relevant affected market(s). Therefore, a claimant under the ‘by effect’ prong of Art. 101 TFEU would have to show that the practice is “likely” (i.e. more than 50%), and not only “capable” of producing restrictive effects.⁹⁹

⁹⁵ *Cartes Bancaires*, cit.; *Budapest Bank*, cit.; *Lundbeck*, cit.; *Generics*, cit.; *Intel* cit..

⁹⁶ Opinion of AG Wahl in *Intel*, cit.; Communication from the Commission, *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, in OJEU C45 of 24 February 2009, para. 28-31.

⁹⁷ For a case where such plausibility test was found not to be met by a unilateral conduct (Art. 102 TFEU), see CJEU judgment Case C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v Autoridade da Concorrência*, of 19 April 2018.

⁹⁸ Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, cit., para. 46.

⁹⁹ P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, cit., 12 and 45-52.

Nonetheless, despite the important clarifications brought about by the CJEU, the distinction between the two categories of competition infringements remains blurred in many instances and a source of controversy and uncertainty in antitrust analysis, enforcement and compliance practice.

Indeed, the cited case-law does not carve a defined line between the type (or degree) of analysis of effects that antitrust agencies or claimants must carry out with respect to by-object restrictions, on the one hand, and by-effect restrictions, on the other hand. In this regard, it has been convincingly argued that there exist “sliding scales” of agreements or conduct which require different level of analysis of the effects, rather than a hard-liner distinction between ‘by object’ and ‘by effect’ infringements.¹⁰⁰

It is undisputable that the CJEU has consistently required that, even for the claimant to find a by-object infringement and thus be permitted to stop the analysis of the effects as redundant, in addition to the content and objective (and therefore intent, too) of the agreement in question, it must take into due consideration the overall legal and economic context in which the alleged restrictions have taken place. This entails at least analyzing (albeit in a “quick look” fashion) the structure of the market, its essential competitive and economic drivers, the portion over the market affected by the conduct, and the legal or regulatory framework by which it is bound.¹⁰¹

It thus emerges from the evolution of the case-law that, in any event, the party claiming the unlawfulness of a conduct under competition law will have to carry out a certain degree of analysis of “effects” of the supposed restriction, which is increasingly deeper depending on whether the agreement may fall within the ‘by object’ or the ‘by effect’ box, or under one of the shades between the two. Once it is safe to say that a certain conduct is, *prima facie*, seriously harmful for competition according to “robust and reliable experience”,¹⁰² so that it would be redundant to resort to a deeper analysis, the agreement will have to be regarded as by-object and the analysis can be stopped at such a higher level of effects.

The analysis of effects – at both the by-object and by-effect level – will also entail a consideration of the counterfactual scenario to grasp whether, absent the agreement, there would be significantly more or less competition and how much harm to competition is straightforward and likely. However, the counterfactual analysis will have to be carried out with an increasing scale of detail and to assess a more or less ample range of effects depending on where the conduct stands between the by-object and by-effect prongs.¹⁰³

¹⁰⁰ P.L. PARCU, M. BOTTA, S. SOLIDORO, *Antitrust enforcement in Europe after Intel and Cartes Bancaires: a kind of trouble to enjoy*, Policy Briefs, 2018/11, Florence Competition Programme, retrieved from Cadmus, European University Institute Research Repository, at: <http://hdl.handle.net/1814/56684>.

¹⁰¹ See *ex multis Budapest Bank*, cit., para 67.

¹⁰² *Budapest Bank*, cit., para. 76.

¹⁰³ This emerges quite clearly from a combined reading of *Mastercard*, *Lundbeck* and *Generics*.

Indeed, there are different levels of detail or different aims for which a counterfactual analysis is required. It might be to assess either “ancillarity” of a restriction, or its by-object or by-effect nature under Art. 101(1), or its “indispensability” with respect to efficiencies claimed under Art. 101(3) or, finally, to substantiate an “objective justification” under Art. 102.

More specifically, a ‘first-level’ counterfactual analysis is required to assess whether there would be appreciably more competition absent the agreement and therefore whether the agreement is “restrictive” under Article 101(1). By this token, in the first stage the counterfactual is needed to assess whether a restriction is “ancillary” (i.e. strictly connected and indispensable) to certain wider pro-competitive operation, or proportionate and indispensable to attain a “legitimate objective” (which may be purely commercial or economic in nature).¹⁰⁴ This is something to be assessed under both Artt. 101(1) and 102 conduct.¹⁰⁵

If the conduct is found to be restrictive, it is not yet *per se* unlawful: a further consideration of the counterfactual and *prima facie* effects is needed to assess whether the restriction is by-object or by-effect.

Finally, the counterfactual analysis is required to assess whether a restriction is proportionate, meaning adequate and indispensable, to generate efficiencies or the improvement of distribution or progress, and the resulting benefits for consumers, under Article 101(3), which may also be deemed somewhat equivalent for a dominant firm to demonstrate “competition on the merits” or an “objective justification” to escape a finding of infringement of Article 102.¹⁰⁶

Ultimately, in the practical world, the degree of analysis required to find an infringement of Art. 101 or 102 depends on the robustness of the counterarguments, empirical evidence and illustrations of the plausible or likely effects that the defendants can bring in to “objectively justify” a conduct as, overall, neutral or beneficial for competition. The “objective justification” is another blurred notion, which is normally used under the realm of Art. 102. However, for the sake of a unitary and harmonized application of EU competition law principles across different provisions of the TFEU, it can be safely argued that it can consist in the pursuit of a pro-competitive or clearly beneficial aim, or of a goal of the EU enshrined in the TFEU, like the protection of environment or *the EU values and specificities of sports*, provided that it is subject to a strict proportionality test (based on adequacy and indispensability) of the effects of the restriction against attaining

¹⁰⁴ *Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, cit., para. 28-31; *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, in GUCE 24.02.2009, para. 28-31. Further, in *Pronuptia* the ECJ held that the non-compete obligation in a franchising agreement is not caught by Article 101(1), because in that context it is an ancillary restraint that is *prima facie* lawful. In *Delimitis*, the CJEU expressly stated that an exclusivity obligation in a beer distribution agreement does not necessarily have as its object the restriction of competition as it pursues an alternative legitimate commercial objective other than restricting competition.

¹⁰⁵ See footnote 94.

¹⁰⁶ *Idem*. See also P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, cit., 24-29.

such objectives. This test may be applied across the board, though the level of analysis of effects required to satisfy it may vary depending on whether the analysis is carried out under Artt. 101(1), 101(3) or 102.

From the standpoint of discharging the burden of proof, the more the arguments and explanations (or ‘legal evidentiary burden’) from one party are convincing or substantiated by empirical evidence (or ‘empirical evidentiary burden’), the more the other side will have to deepen the analysis if it cannot reject the counterarguments by mere logic or high-level considerations on plausible effects.

The game will always be to provide sufficiently convincing arguments and sufficiently substantiating evidence as to shift the burden of proof onto the other party. Hence, except for a restricted range of very clear-cut cartels or “naked restrictions”, the difference between by-object and by-effect infringement designed by the case-law tends, in our view, to be more a “procedural” than a substantive issue, at least when dealing with novel types of restrictions for which there is no “robust and reliable experience”.¹⁰⁷

5.2 *The ISU case and the role of the “sporting exception” in competition analysis*

ISU is a particularly relevant test case about the interplay between analysis of effects of a restriction of competition and the proportionality test under the “sporting exception”.

As illustrated above,¹⁰⁸ the objective pursued by the ISU rules in question may be deemed legitimate. The General Court, in confirming the Commission decision finding that the ISU eligibility rules constituted a by-object infringement, explicitly noted that “*the fact that a federation seeks to protect its own economic interests is not in itself anti-competitive*”.¹⁰⁹ Moreover, it held that the integrity of sports also constitutes a legitimate objective to the extent “*it is necessary to ensure that sporting competitions comply with common standards, seeking, in particular, to ensure that competitions take place fairly and the physical and ethical integrity of sportspeople is protected. [ISU] was also reasonably entitled to consider that a pre-authorisation system, intended to ensure that any organiser respect such standards, was a suitable mechanism to achieve that objective*”.¹¹⁰

¹⁰⁷ A particularly effective illustration of these dynamics is summarized in a post of Prof. Ibáñez Colomo on the Chilling Competition blog, *The ‘robust and reliable experience’ requirement in Budapest Bank: why it is a consequence of the case law (and why it is not relevant in pay-for-delay cases)*, available at <https://chillingcompetition.com/2020/05/06/the-robust-and-reliable-experience-requirement-in-budapest-bank-why-it-is-a-consequence-of-the-case-law-and-why-it-is-not-relevant-in-pay-for-delay-cases/>.

¹⁰⁸ Section 4.2 and footnote 79.

¹⁰⁹ Case T-93/18, *ISU*, cit., para 109.

¹¹⁰ *Ibidem*, para. 108.

Nonetheless, the Commission and the General Court considered that the overall measures under scrutiny, as designed by ISU, went beyond what was necessary to achieve that legitimate objective (or ISU did not adduce sufficient evidence to the contrary), and they were therefore deemed disproportionate.¹¹¹

Although the CJEU still has to rule on *ISU*, by this judgment one may conclude that the Commission and the General Court tend to characterize an agreement or conduct as by-object, despite the legitimate aim it pursues, if the restrictive impact on competition of the measures in question appears *prima facie* appreciable and the defendants have not proved the restrictions to be strictly indispensable to that aim compared to possible less restrictive means. Notably, this approach may entail a reversal of the burden of proof from the competition authority to the defendant with regard to the by-object nature of a conduct.

Indeed, this stance may not appear perfectly consistent with recent clarifications provided by the CJEU in *Generics* and *Budapest Bank* (consistently with *Cartes Bancaires* and *Maxima Latvija*), where it explicitly highlighted that the existence of a “reasonable doubt” on the legitimacy or beneficial effects of the objective pursued by an undertaking should exclude the by-object nature of the conduct (this was also the rationale behind *Mastercard*). Nevertheless, the CJEU has already held that “*the fact that a measure is regarded as pursuing a legitimate objective does not preclude that measure from being regarded — in the light of the existence of another objective which is pursued by the measure and which, for its part, must be regarded as illegitimate [...] — as having an object restrictive of competition*”.¹¹²

In the *ISU* case the Commission and the General Court have focused their attention on the severity of penalties (namely, the lifetime ban on athletes) and the lack of a direct link (or evidence of it) between the contested rules (for how designed and applied in practice) and the invoked legitimate objective pursued. These features, combined with the lack of transparency in criteria for applying the ISU eligibility rules, have been deemed sufficient by the Commission and the General Court to consider further investigation or reasoning on effects unnecessary.

Moreover, even though unaddressed expressly in the judgment, the unclear level of harm to sport integrity possibly caused by the risk associated with betting in the Dubai Grand Prix, in conjunction with the “undisputed” consideration that “*speed skating provides very limited income opportunities for the great majority of professional skaters*”,¹¹³ has likely played an important role in assessing the “*capability of sufficient degree harm to the proper functioning of competition*” caused by the ISU eligibility rules in this particular case (which is requisite standard to find a by-object infringement).

One may challenge the Court’s position by arguing that (i) the legitimate objective that could be attributed to the eligibility rules casts a “reasonable doubt”

¹¹¹ *Ibidem*, para. 110.

¹¹² *Budapest Bank*, cit. para. 52, and *Cartes Bancaires*, cit. para. 70.

¹¹³ *ISU* judgment, cit. para. 74.

on whether the objective of the contested measures is inherently anti-competitive, and (ii) the matter of proportion of the measure pertains to the field of analysis of effects, rather than on that of the object of the restriction, which means that the conduct should be analysed under the by-effect prong (like in *Mastercard* and *Cartes Bancaires*).¹¹⁴

In the alternative, it may be argued that the proportionality test pertains to assessment of “ancillarity” (i.e. strict indispensability) of a restriction to achieve a certain legitimate objective or pro-competitive operation, which is a step somewhat precedent and severable from the assessment of whether a conduct is restrictive “by object” or “by-effect”. Indeed, it has been argued that the tests under the ancillary restraints doctrine and the assessment of the restrictive object of the agreement tend to be erroneously conflated.¹¹⁵

However, while this argument is well posed and technically correct, it may appear too ‘formalistic’ and not relevant to the outcome of the case. It is in fact conceivable that, given the specific (and undisputed, as reported by the Court) circumstances already acknowledged in the proceedings, a further analysis and consideration of the context and counterfactual (i.e. more effects analysis) was deemed redundant because it would have hardly changed the outcome of the proportionality test with respect to the capability of the contested measures to cause “*a significant degree of harm to the proper functioning of competition*”. While the appeal before the CJEU is pending, the Court states that ISU was not able to submit evidence capable of contrasting this conclusion.

Overall considered, this is not so different from the conclusion recently reached by the CJEU in pay-for-delay cases in the pharmaceutical sector,¹¹⁶ where it was held that patent settlements between originators and generic companies, even where linked to a genuine dispute on IP rights, may be deemed by-object infringements of Art. 101 TFEU, if payments from the originator to the generic competitors entailed by the settlement constituted a “disproportionate inducement” to delay market entry by generics.

Here is exactly where the so-called “sporting exception” interplays with competition law. The case-law illustrated in section 4 indeed shows that sporting specificities cannot be used as a blank exemption to escape antitrust scrutiny altogether, as they are always subject to a test of proportionality with respect to the objective pursued. Nonetheless, the CJEU case-law¹¹⁷ shows that the proportionality test in competition law may not be ‘static’ and confined to a specific

¹¹⁴ See also para. 47 of *Meca Medina*, cit., which refers to the potential restrictive effects of the agreement (as opposed to its object) where the clauses in question are found to be disproportionate.

¹¹⁵ On this issue, see the post of Pr. I of Prof. Ibáñez Colomo on the Chilling Competition blog, *The ISU case and the SuperLeague: on ancillarity, object and burden of proof in the General Court’s judgment (Case T 93/18)*, (May 17, 2021) available at: <https://chillingcompetition.com/2021/05/17/the-isu-case-and-the-superleague-on-ancillarity-object-and-burden-of-proof-in-the-general-courts-judgment-case-t%e2%80%9193-18/>.

¹¹⁶ *Lundbeck, Generics, Servier*, cit.

¹¹⁷ Namely, *Mastercard*, cit., read in combination with pay-for-delay cases cited above.

stage of the analysis of a restriction; rather, and subject to a case-by-case assessment, it may require a ‘dynamic’ application along the lines of the progressive analysis of effects (and related shift in the burden of proof) illustrated in the previous section. The proportionality test may be carried out at the stage of assessment of “ancillarity” of a restriction with respect to a legitimate objective or pro-competitive operation as well as to assess its by-object or by-effect nature, the conditions for individual exemption under Art. 101(3) or an ‘objective justification’ under Art. 102.

It still has to be seen whether the sport specificities may be treated differently from the specificities of other sectors that bring with them legitimate and pro-competitive aims (be it the protection of IP rights and of essential incentives to innovation, or the need to ensure common standards).

The General Court in *ISU* seems to possibly justify application of Article 106 TFEU (which concerns the direct or indirect assignment of special or exclusive rights by Member States to public or private undertakings)¹¹⁸ to sports federations authorized by the IOC to govern one specific sport, despite this provision should only apply in connection with State measures and regulatory tasks.¹¹⁹

In this regard, it may be argued that the sport sector might, with respect to certain functions, justify a specific, differentiated treatment because of the essential regulatory tasks vertically assigned, generally on an exclusive basis, by the International Olympic Committee (IOC) to authorized sport organizations and bodies (as e.g., FIFA, UEFA, and the affiliated national federations and associations) under the “One Sport, One Federation” principle.

¹¹⁸ Article 106(1) TFEU states: “1. *In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaties, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109.*

2. *Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in the Treaties, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union.*

3. *The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.”*

Notably, Article 4(3) of Directive 2014/25/EU of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (and repealing Directive 2004/17/EC), states that: “*Special or exclusive rights’ means rights granted by a competent authority of a Member State by way of any legislative, regulatory or administrative provision the effect of which is to limit the exercise of the activities defined in Articles 8 to 14 to one or more entities, and which substantially affects the ability of other entities to carry out such activity”*. This definition may be applied across the board by analogy.

¹¹⁹ GC judgment in *ISU*, cit. paras. 69-76. In particular, at para. 73, “*In the present case [...] the applicant has the power to lay down rules in the disciplines for which it has jurisdiction. While it is true that that regulatory function was not delegated to it by a public authority as in the cases giving rise to the judgments [relating to Article 106], the fact remains that it exercises, as the sole international sports federation recognised by the IOC for the disciplines in question, a regulatory activity (see, to that effect, judgment of 26 January 2005, Piau v Commission, T 193/02, EU:T:2005:22, para. 78)”*.

The assignment of special or exclusive rights by public authorities under Article 106 TFEU is also subject to a proportionality/indispensability test. Nevertheless, the applicability of Art. 106 TFEU to certain functions of sporting federations associated with the IOC would make the existence of exclusive regulatory tasks and the related ‘monopolistic’ model of sports federations possibly compatible (or not *per se* incompatible) with internal market and competition law principles.¹²⁰

If the CJEU, in the preliminary ruling on the questions referred by the Juzgado of Madrid, were to address this issue by endorsing the “One Sport One Federation” principle, it would then logically descend that the exclusive pre-authorization system assigned to IOC’s affiliated organizations with respect to the establishment of new tournaments or competitions, including the provision of indispensable sanctions to contrast the violation of such rules, could not be deemed *per se* contrary to EU competition and internal market rules and principles.¹²¹ It will all depend on the specific demeanor of the parties involved in designing such rules and, most importantly, on how such rules are interpreted and applied in a specific instance, having regard to the overall regulatory and economic context and the specific objectives pursued.

5.3 *The ESL agreement and the UEFA contested conduct: two sides of the same coin to assess whether they constitute by object or by effect restrictions of competition*

Applying the competition law principles and notions outlined above to either the ESL project and the UEFA rules and conduct contested in the interim ruling of the

¹²⁰ As established by the GC in *ISU* (cit., para. 70), and, before then, by the CJEU in *MOTOE* (cit., para. 51-52): “*In that regard, it must be noted that, according to that case-law, when a rule entrusts a legal person, which itself, organises and commercially operates competitions, with the task of designating the persons authorised to organise those competitions and to determine the conditions under which they are organised, it grants that entity an obvious advantage over its competitors. Such a right may therefore lead the undertaking making use of it to prevent access by other operators to the market concerned. The exercise of that regulatory function should therefore be made subject to restrictions, obligations and review, so that the legal person entrusted with giving that consent may not distort competition by favouring events which it organises or those in whose organisation it participates*”.

¹²¹ It is established and undisputed principle across case-law and doctrine that internal market and State aid provisions of the TFEU (Artt. 26, 28, 34, 45, 49, 56, 63 and 106 and 107 ss), on the one hand, and antitrust provisions (Artt. 101 and 102), on the other one, pursue the unitary objective of integration of the European single market, where the circulation of persons and goods is free and competition between businesses is undistorted by artificial barriers erected by either public measures or private conduct of undertakings. The difference from the two set of EU rules only rests in that internal market and State aid rules are primarily addressed to public measures imputable to States (including law and regulation), whilst antitrust rules are addressed to discretionary conduct of undertakings. These rules can be applied in combination to a same entity or undertaking in relation to a same conduct with a view to achieve their overall unitary objective. To this effect, see *ex multis* judgments of the CJEU in cases *MOTOE*, cit.; Case C-533/12 P, *SNCM e Francia / Corsica Ferries France*, of 4 September 2014.

Juzgado of Madrid is not easy task. To the contrary, it amounts to a particularly challenging exercise insofar as it calls into question some of the most controversial issues of competition and EU law in general.

Therefore, the following analysis, far from having the ambition to be thorough and definitive, and while also respectfully waiting for the ruling of the CJEU on the questions referred by the Juzgado of Madrid, only represents an attempt to provide a possible framework to assess the ESL project and the UEFA rules and contested conduct under competition law.

Furthermore, although the present article provides a quite thorough picture of the publicly available information on the facts of the case, the analysis can only touch upon the context and *prima facie* plausible effects of the practices concerned. A fully-fledged analysis of effects would require data and information that are usually in the hands of the parties only and would also involve the support of expert antitrust economists.

However, we can start by fixing certain established and quite undisputable points of facts and law:

- both the ESL as well as UEFA are ‘associations of undertakings’ under the meaning of Art. 101 TFEU and their decisions and conduct can thus be prohibited if “have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition”;
- while UEFA (and its affiliated national associations), according to established case-law, pursuant to Art. 102 TFEU can be safely deemed to hold a dominant position in the relevant markets for the exploitation and sale of media and broadcasting rights connected to European (and national) football tournaments and championships,¹²² the ESL cannot, at least at the initial stage, be deemed to be dominant in the same markets;
- the rules established by the ESL to participate to its championship restrict the number of clubs that, theoretically, could access the championship based on their sportive performances and reserves by default the right to participate, as well as a minimum share of revenues generated by the championship, to the Founding Club only, irrespective of sportive performances; and
- only UEFA (and its affiliated associations) can be deemed the sporting organization authorized and entrusted by the IOC, on an exclusive basis, with the task of governing the sport of football in Europe and to protect the integrity of the sport’s values.

That said, the two lines of conduct of ESL and UEFA cannot be analysed in isolation as they are strictly intertwined. In fact, they are two sides of the same coin. Ignoring their interplay would mean ignoring the specific context of which they are part (as comprehensively illustrated in sections 2 to 3 above), in contrast with well-established competition law principles and prescriptions of the CJEU

¹²² Indisputably, the audiovisual broadcasting rights of the European football matches are by far the single most important source of income connected with economic activities reserved to UEFA and national leagues.

case-law (as illustrated in section 5.1 above). Such a mistake would make the overall antitrust analysis and assessment of the infringement clearly vitiated and moot.

This probably represents a weak and critical point in the reasoning of the Madrid court in the interim decision. The decision was rendered *inaudita altera parte*, based on abstract considerations of the UEFA rules and conduct vis-à-vis EU competition law and precedents, without really taking into any account the potential restrictive object or nature of the ESL and its impact on the legitimate objective of the protection of the specificities of European sports enshrined in Art. 165 TFEU. Absent sufficient information on the overall context of the case in the referral by the Juzgado of Madrid, the CJEU will likely not be in a position to provide the Spanish court with precise or really defining indications on how to decide the case.

Further, one must consider that the structure of the markets for the sale of broadcasting rights of sport matches is typically two-sided: sport federations, as statutorily licensed rightsholders, work as intermediary platforms which facilitate the transactions between affiliated teams (along with their fans/viewers), on one side, and broadcasters and advertisers on the other. The more valuable the affiliated teams and tournaments on the one side, the more fans/viewers they will get and, in turn, the more valuable sales of IP rights will be generated on the other side (so-called “network effects”).

This two-sided structure of the relevant market(s) concerned complicates the assessment of the competitive impact of the conducts since it requires to factor in the analysis of effects the externalities that a restriction on one side may cause to the other side. The overall effect of a restriction in two-sided markets is indeed the result of the trade-off between effects of such restriction on opposite sides of the market. Hence, considering the effects of a conduct on both sides is relevant (and may be decisive) in assessing whether a restriction is by-object or by-effect (as well as across all the stages of the analysis under Artt. 101 and 102), because the two-sided analysis may depict a different counterfactual scenario and overall effects of a restriction on competition compared to the one-sided analysis.¹²³

¹²³ For a comprehensive study on economic and legal analysis of two-sided markets under competition law, see the seminal paper of L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E.E.C. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice* (March 16, 2013), TILEC Discussion Paper No. 2013-009, Tilburg Law School Research Paper No. 09/2013 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2240850>); also see G. NIELS, *Transaction Versus Non-Transaction Platforms: A False Dichotomy In Two-Sided Market Definition*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 15, Issue 2-3, June/September 2019, 327–357 (<https://doi.org/10.1093/joclec/nhz016>); H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, (2021) 130 *Yale L.J.*, (a digest is available at <http://antitrustdigest.net/herbert-hovenkamp-antitrust-and-platform-monopoly-2021-130-yale-l-j/>). For consideration of these issues in CJEU judgments see, among others, *Mastercard*, *Cartes Bancaires* and *Budapest Bank*, cit.; see also judgment of the US Supreme Court (Second Circuit) of 25 June 2018, *Ohio v. American Express Co.*.

In addition, it must be taken into account that UEFA and the ESL members are, either directly or indirectly, football clubs, which compete with one another for consumers/fans, mainly at national level (stadium visitors, media viewers and media rights' share, buyers of merchandise). Consequently, the ultimate and mostly affected "relevant markets" could be deemed the national ones (e.g. the markets for TV rights connected to Serie A, or the Spanish Liga, or the Bundesliga, etc.), which have been consistently considered separate and autonomous markets (though they also engage in a European dimension of competition between national clubs and players in UEFA tournaments). It is therefore reasonable to expect that the impact of the conduct under scrutiny may affect the dynamics of competition in football at national level more intensively than at the EU level.¹²⁴

Considering the above, the antitrust analysis of the conduct under scrutiny should logically start from the ESL project. Indeed, as a matter of fact, the UEFA conduct contested in the decision of the Spanish court is a reaction to the alleged harm to the integrity and specificities of the European football (indirectly, through the pyramidal structure of sports) organized under the assignment of the IOC. It is therefore against the alleged harm to this, *prima facie*, legitimate objective that one must assess the proportionality and lawfulness of the conduct put in place by UEFA.

Now, the following features of the ESL project, as illustrated above, seem to be relevant:

- apparently, the ESL assigns and reserve the yearly, default right to participate to its annual championship to the 15 Founding Clubs, plus 5 "wild card" members based on selection criteria that would depend on achievements in the prior sporting season;
- the Founding Clubs will have equal shares in the ESL parent company, and as a result they will presumably have, at least initially, equal share of default revenues and rights of governance over the *SL MediaCo1* in charge of worldwide commercialization of the ESL broadcasting rights and of the distribution of media revenues along the chain (to be regulated in detail by specific agreements to be entered into between the Founding Clubs and the 5 qualified clubs); and
- the Founding Clubs represent the top and richest Clubs of UEFA and affiliated national leagues in terms of historic ranking and results, capitalization, popularity and fan base, as well as share of media rights revenues.

In light of the above features, ESL opponents may argue that the decision to establish the ESL constitutes, in the abstract, an agreement that may fall within

¹²⁴ T. VAN DER BURG, *A European Super League would violate EU competition law – as would the UEFA's proposed reform of the Champions League*, London School of Economics, 20 February 2021 (available at <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2021/02/20/a-european-super-league-would-violate-eu-competition-law-as-would-ufas-proposed-reforms-of-the-champions-league/>).

the scope of Art. 101(1) TFEU since it seems capable of significantly impairing the ability of a number of competing national clubs to access, based on pure sportivemerits, a championship between the Founding Clubs of the ESL, thus reducing or distorting competition between clubs. This seems confirmed by the counterfactual, since the UEFA tournaments do not feature a closed number of identified clubs which have a default right to participate to the top championship, irrespective of objective and pre-determined sportive results. As a direct consequence, the ESL will also reduce for non-ESL clubs the chances of competition and financial awards it brings, which in turn would affect the ability of national teams to compete in national championships.

However, the ESL may argue that it constitutes a new championship competing with those governed by UEFA, thus fostering rivalry and investments in innovation and quality of the overall European football. Indeed, once determined that the ESL agreement may be restrictive in abstract terms, it remains to be ascertained whether the envisaged restriction may be deemed indispensable (i.e. ancillary) to the attainment of a legitimate objective or pro-competitive operation and may thus escape the application of Art. 101(1) all together as, overall, non-restrictive.

To this end, the ESL is expected to argue (consistently with its press releases and statements) that the project is indispensable to provide more competition in the organization of tournaments and a solution to the “*instability in the existing European football economic model*”, or “*to provide higher-quality matches*” and “*additional financial resources for the overall football pyramid*”. Additionally, the ESL may argue that the project supports the European football and its inclusive values via a “*long term commitment to uncapped solidarity payments*”, whose amounts would supposedly be in any case higher than those generated by UEFA Champions League (more specifically, 8% of the broadcasting revenues would be distributed for the purpose of solidarity payments, subject to the available liquidity of the ESL companies once complied with all their obligations).

Finally, the ESL may allege that fans subscribing with the fan base of the ESL clubs would be granted greater benefits and advantages in following their ESL teams and attending matches live, in terms of reduced transport and ticket costs and reserved seats (among others) as well as higher quality and frequency of matches.

Notwithstanding, the arguments and explanations provided by the ESL may not be deemed sufficiently clear and precise in illustrating how these goals would be ensured by the ESL project. The ESL would in fact have to discharge the legal and empirical evidentiary burden required to rebut a *prima facie* presumption that the restrictions in question, as currently designed, are not adequate or the least restrictive means (in a word, ‘proportionate’) to achieve the intended objective.

The following circumstances weigh towards establishing a rebuttable presumption that the ESL (as currently designed) may not be a legitimate (or the

least restrictive) means to attain the objectives of European sports enshrined in Article 165 TFEU: (i) there already exists an organization assigned by the IOC, on exclusive basis, with the protection of sport, and in particular European football values (i.e. UEFA); (ii) the ESL impairs the sportive chances of a large number of non-ESL teams to access a European competition between the Founding Clubs, which are, historically, the most successful, rich and popular European clubs, while reserving such right by default to the Founding Club; (iii) therefore, the tournaments rules of UEFA are, at least by-design, more inclusive and thus more aligned with the EU goals of sports under Article 165 TFEU.

Further, news reports on the reaction of fans and political representatives¹²⁵ show that, apparently, they have been among the most vehement opponents of the ESL project, which would confute the argument that the creation of the ESL is also an adequate and indispensable means to better satisfy the demand of consumers or other social goals.

Finally, detractors of the ESL may argue that the aim of enhancing one's firm financial results and resources by reducing the number of players on a market and reserving to themselves a minimum shares of revenues by default and irrespective of sportive results with non-Founding Clubs, cannot be deemed a sportive, legitimate objective. The financial difficulties in which the majority of the Founding Clubs seem to have fallen because of their past investment choices should be part of the evaluation of the competitive merits of their entrepreneurial decisions – not a justification for reducing competition to their advantage and to the detriment of more financially efficient (and in some cases better performing) teams.

As a subsequent step – if the restrictive potential of the conduct is confirmed in the abstract and ancillarity of restrictions is not proven – it must be assessed whether the ESL may constitute a by-object or by-effect infringement. To this end, as illustrated above (section 5.1), regard must be had to the content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part with a view to assessing if, based on common experience, the restriction reveals such a significant degree of harm to the proper functioning of competition that a further analysis of effects becomes redundant.

In this respect, opponents of the ESL may argue that the content of the ELS project is inherently aimed (subjectively and objectively) to exclude increasingly efficient and competitive rival teams from accessing a championship reserved by default to competing clubs in national and UEFA championships (the Founding Clubs), or at least subject their access to the decision of these competing clubs, which have a clearly conflicting interest in that respect. Indeed, national European clubs initially excluded from the ESL include teams (like Atalanta or Leicester, to name a few) which in the last years have proven to be increasingly successful in winning matches against some of the Founding Clubs, and that threaten (and in

¹²⁵ See footnote 8 above.

some cases have tossed) the chances of qualification of some of the Founding Clubs to the top UEFA and national leagues tournaments and championships and to the related financial awards.

Further, the ESL seems *prima facie* be capable to divert a significant share of the available economic resources for purchasing football media rights from the UEFA tournaments to the ESL championship. Assuming that such economic resources would not double but rather be shared (at certain percentages) between UEFA (and national leagues) and the ESL, there is a *prima facie* presumptive indication that the ESL would determine a significant degree of harm to the proper functioning of competition between national teams at both European (Champions League) and national championships level.

Indeed, considering the counterfactual scenario, it is reasonable to predict that the ESL, if implemented, would significantly restrict or distort the degree of competition that currently exists between teams (at least the most performing ones) in European football.¹²⁶ The more financial resources will be conveyed to the ESL clubs to the detriments of non-ESL clubs, the more the former will strengthen their chances and ability to prevail by obtaining the best players and resources; and the less non-ESL clubs will be capable of winning top rankings and awards in the national and UEFA championships. This, in turn, may cause more fans and viewers to allocate their spending to ESL clubs and championship, and broadcasters to do the same in purchasing media rights, to the detriment of non-ESL clubs and of UEFA.¹²⁷ Coherently with the consideration of typical network effects in two-sided or “platform” markets, this feedback mechanism may “tip” the market towards the ESL clubs and championship in the long term, making it the dominant organization in the market for the organization of professional football championships in Europe.¹²⁸

Therefore, ESL opponents could argue further that the distortion of competition would not only affect tournaments at the European level, it would also impact national leagues and thus the national foundations of European football.

In conclusion, considered the overall content and context of the launch of the ESL, its opponents may construe the ESL project as having as its object the substitution of the uncertainty of open competition, based on purely sportive merits, with the certainty that a greater share of the football revenues and financial resources be reserved by default to the closed circle of Founding Clubs and under their governance (which sounds and fits well with a clear by-object infringement).

¹²⁶ Notably, the capability to entirely eliminate competition is not at all a requisite to find a by-object infringement. A significant reduction thereof is enough to this end, according to the consolidated case law illustrated at section 5.1 above.

¹²⁷ T. VAN DER BURG, *A European Super League would violate EU competition law – as would the UEFA’s proposed reform of the Champions League*, cit..

¹²⁸ *Mastercard, Cartes Bancaires, Budapest Bank*, See in this sense also Case T-201/04, *Microsoft Corp v Commission*, EU:T:2007:289 (“Microsoft I”); and T. VAN DER BURG, *A European Super League would violate EU competition law – as would the UEFA’s proposed reform of the Champions League*, cit..

To contrast this stance, the ESL may counter-argue that, considering the financial difficulties that threaten the sustainability of the UEFA system of football, the latter no longer ensures the effective achievement of the IOC mission and of the goals enshrined in Art. 165 TFEU; therefore, there would be a “reasonable doubt” that an alternative championship organized under the rules envisaged in the ESL project may more efficiently serve such goals. In addition, there is no “robust and reliable experience” about the effects and efficiencies that an alternative championship like the ESL may bring to the European football.

It is at least plausible that, by concentrating the revenues of football activities (namely, the media rights) in the hands and under the direct governance of fewer top clubs, which will play against each other more frequently, the available financial resources for European football will be enhanced and used more efficiently, including in the longer term for increasing inclusivity and solidarity contributions to the overall European football system.

By this token, the ESL may try to argue that, according to recent CJEU case-law,¹²⁹ its project, even if restrictive, cannot be deemed a by-object infringement and an “enhanced” analysis of effects is required to assess its net effects on competition and compatibility with Art. 101 TFEU (under the by-effect prong).

If the ESL were to succeed in putting the agreement under the by-effect box, in principle, the opponents of the ESL would bear the burden to demonstrate that the net effects of the practice on competition are, in all likelihood, negative. To this end, they must aim at demonstrating that the ESL would seriously threaten an efficient competitor’s ability and incentive to compete. However, there is no need to prove a harm to consumers, being sufficient a net (and appreciable) harm to the competitive process from which a harm to the sporting community in general may be inferred in terms of capability. The risk that the ESL in the long term could marginalize the relevance of UEFA and of national leagues and become the dominant organization of European football would have to be substantiated with empirical economic (though prospective) evidence on the likelihood of such outcome. In addition, or in the alternative, a similar negative impact on national leagues and related markets would also be required. Nevertheless, the CJEU has consistently held that the EU competition law system is concerned not only with the protection of consumers, but also with the ‘structure of the market’ and therefore with ‘competition as such’, albeit because positive effects of sound competition on consumer welfare in the mid- and long-term are presumed.¹³⁰ Hence, it is not necessary to demonstrate that also consumers are likely to be worse off as a result of the conduct to satisfy the “enhanced effect” test.¹³¹

¹²⁹ *Cartes Bancaires, Budapest Bank, Generics*, cit..

¹³⁰ See *ex multis*, Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unimited v. Commission* (‘Glaxo Spain’), para. 63; Case C-95/04 P *British Airways plc v Commission*, paras. 103-108. See also T-342/07, *Ryanair Holdings plc v. Commission*, paras. 224, 225 and 445.

¹³¹ P. IBÁÑEZ COLOMO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, cit., 34-37.

To counter these arguments, the ESL would have to provide empirical prospective evidence on the unlikelihood of such net adverse effects. Theoretically, it would not even be necessary demonstrate that the cumulative conditions to qualify for an individual exemption under Art. 101(3) are met, though in practice the ESL may aim to prove so.

Such a fully-fledged analysis of effects would also require the substantive support of expert antitrust economists on both sides. We do not have the depth of information and the economic expertise required to further this analysis and therefore we necessarily leave this task to a possible trial proceeding, either before a court, a competition authority or an arbitration body.¹³²

Coming to the ability of UEFA to impose the threatened sanctions against the ESL, there is little doubt, particularly after the *ISU* judgment, that the UEFA eligibility rules and sanctions, for how they are designed, are, in the abstract, liable to potentially infringe Artt. 101 or 102 TFEU. However, in light of the stance taken in the *ISU* case about the purported legitimacy of the “One Sport, One Federation” principle,¹³³ the abusive or restrictive character of the UEFA rules and sanctioning powers would rest on the lack of transparent and non-discriminatory criteria, and on how the rules would be implemented in specific cases.

In this case, UEFA may argue that the ESL represents a serious threat to the economic sustainability of the integrity of European football, which is based on the inclusion and solidarity values of sport entrusted by the IOC and enshrined in Article 165 of the TFEU. Since the UEFA model of football is, by design, more inclusive and open to competition on pure sportive merits than the one envisaged by the ESL, the so-called “sporting exception” has more chances to be invoked as an ally by UEFA than by the ESL. This way, UEFA may have a better argument to shield the antitrust sword that may be brandished by the ESL to inhibit the UEFA sanctions.

Considering the arguments sketched above on the plausible, *prima facie* negative impact of the ESL on inclusive competition and integrity of the European football, a court, authority or arbitration body could accept the argument that the UEFA sanctions are indispensable and necessary to protect its very existence and ward off the serious harm to the values of sport enshrined in Art. 165 TFEU, which are threatened by the ESL project.

Indeed, if the “One Sport, One Federation” principle were to be endorsed by the CJEU in its preliminary ruling on the questions referred by the Madrid court, it should descend that the applicable sanctions for violation of the

¹³² A brief but useful picture, based on publicly available data, regarding the economic dynamics and evolution of European football revenues is offered in this article cured by B. VERONESE, *They think it's all over... Economic dynamics behind the European Super League*, published by Oxera Consulting LLP on 27 May 2021 (and available at this link: www.oxera.com/insights/agenda/articles/they-think-its-all-over-economic-dynamics-behind-the-european-super-league/?utm_source=Oxera+Contacts&utm_campaign=db3ba6b1f1-EMAIL_CAMPAIGN_2019_07_29_10_12_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_05638b7c5d-db3ba6b1f1-).

¹³³ See above footnotes 120 and 121.

pre-authorisation system of UEFA could not, in and by themselves, be deemed contrary to EU competition law, particularly where the threat of harm is as serious and real as in the case of the ESL. Otherwise, the “One Sport, One Federation” principle and ancillary rules could be made moot and ineffective.

In this respect, in a “enhanced effects analysis” scenario, one can expect that it would be easier for UEFA to shift upon the ESL the burden to prove the simultaneous economic sustainability of both the ESL and the UEFA models (which could be the decisive argument to clear the ESL from antitrust infringement) than it would be for the ESL to shift upon UEFA the burden to prove, beyond reasonable doubts, that the ESL would make the UEFA model and continuity economically unsustainable.

That said, there is a fair chance that both the ESL project and the UEFA rules and disciplinary sanctions would constitute a prohibited infringement of either Art. 101 or Art. 102 TFEU. As a result, the ESL as a whole could be deemed unlawful (and all implementing acts would be deemed null and void from a legal standpoint), if designed as it is currently envisaged, along with the disciplinary sanctions possibly decided by UEFA, if they remain so definitive (also affecting individual players) and subject to potentially arbitrary and disproportionate application.

It goes without saying such outcome alone, or even a mere prohibition of the ESL without any rethinking of the European football system and business model, would not generate any progress or net benefit to competition and welfare of the sport community.

To renovate and relaunch the European football, making it truly adequate to achieve the sports objectives of Art. 165 TFEU (and the values pursued by the IOC), a new system of governance of football federation, aiming at a more fairly distributed and less conflicting flow and sharing of revenues between clubs has probably become a priority. In the following paragraph we try to sketch a possible “third route” to address this complicated conundrum.

5.4 *Is a third route possible? The hypothesis of structural separation of regulatory and commercial functions within UEFA*

One of the most frequent complaints against the current organization of the UEFA rules of governance is that its administrative body conflates in itself both regulatory and commercial tasks – on an exclusive basis and with little involvement of clubs – regarding conditions for access to the tournaments as well as the commercialization of media rights. In other words, UEFA is accused of acting as a sort of vertically integrated monopoly with which competitors (like national teams interested in creating an independent source of revenues from football matches) must mandatorily deal to operate on the market.

The mix of both these powers is seen by several UEFA member clubs as an expropriation of their own rights and a source of conflicts of interests and of distorted incentives in decisions regarding how to generate and share the revenues

along the football chain. From the one side, top clubs have been pressured by the UEFA competition system and the football markets dynamics to increase their investments and debt spending to make the championships more attractive for sponsors and broadcasters; on the other side, the UEFA administrative body have decided unilaterally how to share and distribute the greater revenues generated by such increased spending from top clubs down along the football chain (allegedly inefficiently). The financial turmoil created by the pandemic has worked as a detonator, which have brought major clubs in financial distress to feel the urge to get to grips with the matter and immediately breakaway.

A possible, hypothetical solution that could be explored to address this issue can get inspiration, again, from the antitrust field of expertise. Indeed, the organization of sports has been historically structured under the “One Sport, One Federation” principle. Moreover, within the current European football system, the coexistence of two major organizations and tournaments operating and competing at the same level would seem (at least *prima facie*) impracticable, inefficient or even unsustainable in the long term for one of the two.

If the above assumption is correct, it would bring the business of organizing and managing European football tournaments (and related media rights) in the realm of the ‘natural monopoly’, similarly to a network infrastructure like in telecommunications, energy, maritime ports or rail transportation industries.

Owner of such monopoly infrastructure or essential facilities, which cannot be efficiently replicated, are often bound by antitrust regulations to separate certain internal functions (eventually, via corporate or ownership unbundling) by creating walled and autonomous wholesale divisions or separate companies which take care of dealing with the owner of the infrastructure/facility and third-party competitors in the downstream market on neutral, transparent and non-discriminatory basis. Typically, the facility manager will retain regulatory tasks and decisions on investments in the infrastructure itself, whilst the downstream company, selling wholesale access to the facility to competitors as an input for their retail activity, will have autonomous and separate management subject to an obligation to deal neutrally, i.e. at FRAND terms (*Fair Reasonable and Non Discriminatory*) and on an Equivalence-of-Inputs basis, with all players.

This mechanism should minimize the risk that the owner and manager of the unique/essential facility is influenced by distorted incentives in deciding investments in the same infrastructure or in providing access to competitors.

Albeit the dynamics between football federations like UEFA and its member clubs are not the same as between vertically integrated network infrastructures and downstream service competitors, it seems possible to draw certain similarities and explore whether a comparable structural or functional and legal separation of commercialization and regulatory tasks may serve the purpose to make the UEFA rules of governance more fair, efficient and less conflicting.

The envisaged solution centers around the potential assignment of the management and commercialization of the media rights of the UEFA tournaments

to a body composed only by the member clubs, possibly through a mechanism that allows all clubs to be routinely involved and have a say on how to distribute their revenues along the football supply chain. Such a body could be identified with the European Club Association.

6. *Concluding remarks*

The birth or premature death of the ESL will call into play a large portion of the future for European football. The development model supported thus far by the top floors of the football industry, which is already strongly oriented towards turnover maximization rather than sustainable management and cost control, has been definitively undermined by the financial turmoil generated with the Covid-19 pandemic. Having construed and implemented a number of relevant policy tools, from Financial Fair Play to the current format of club tournaments, it is not for UEFA to play the role of the unwitting witness.

With the severe financial difficulties that threaten the sustainability of football, it is uncertain whether UEFA is in a position to ensure the effective achievement of the IOC mission and of the goals enshrined in Art. 165 TFEU. At least in principle, there may exist a “reasonable doubt” that alternative, competing ideas – sort of ESL projects, perhaps more elegantly presented and less self-elect – may more efficiently serve such goals. At least, such a doubt would generate competitive pressure, which should prompt the incumbent to improve its performances, become more cost efficient, or innovate. Plugging the ears to calls for renovation has never led to progress but to revolution through dramatic breakdowns and related collateral damages.

Now, it is very true that history often repeats itself. Thus, in some time, we could be watching again the old *Project Gandalf* show, where a secessionist plot was wrecked in the face of a pact aimed at modernizing the Champions League’s format. Will it be the case this time?

In the authors’ view, the progressive evolution of (i) the clubs’ financial imbalances and related concerns, (ii) the general interests at stake, and (iii) the relevant regulatory and socio-economic framework, means that the dispute described in this article necessarily involves a paradigm shift in the approach to the “One Sport, One Federation” dogma, which cannot be ignored. This, however, does not mean that such principle cannot be preserved and used to inform the legal assessment of the matter under EU law. Only, that principle may be subject to an increasingly sophisticated and informed proportionality test, assessed against the specific economic context that can be depicted more reliably and convincingly.

At the time of writing, the ESL Founder Clubs, even after the “inglorious redemption” by some of the ESL members who have swiftly returned to the Good Shepherd’s flock, are playing a delicate and controversial game against UEFA and national associations. If this were a tennis match, we would be at the decisive point, with the ball dancing on the net. For such a decisive point, the decisive tip, from the very outset, appeared to lie with the outcome of the antitrust scrutiny that

competition authorities and/or national courts (or arbitration courts) could carry out over the players' weapons on the pitch: the design of the ESL, on the one hand, the prohibitions and sanctions enacted by UEFA and national associations, on the other.

Rather than based on a legal review against abstract considerations of matters of principle only, the ESL's destiny will primarily depend on the outcome of the assessment under EU antitrust rules of both the "object" and competitive "effects" of (a) the ESL project in itself, and (b) the UEFA's legal position and conduct vis-a-vis the ESL. According to well established EU case-law, such assessment will require to adequately consider the legal and economic context and all the relevant circumstances of the conduct and of the counterfactual scenario.

That said, there would be an undesirable risk, for both positions, to throw out the baby with the bathwater.

This is primarily because, objectively speaking, competition law represents a legal tool available to both parties (ESL and UEFA) to either attack ('as a sword') or defend from ('as a shield') the other party's conduct in private litigation as well as in public enforcement scenarios. This is all the more plausible, in this case, since it is expected that the parties will use competition law as a sword or as a shield simultaneously against each other. They may finish to disrupt each other rather than designating a winner. There may be little gain for the survivor.

Against such background, it is also likely that the CJEU, should it deem the referral request from Juzgado of Madrid admissible, will address the preliminary questions regarding the compatibility of the parties' conduct with competition law by restating the general principles set out in its existing case-law, without giving precise indications as to how to decide the matter in the individual case, since the outcome depends very much on a case-by-case analysis of all the specific facts and circumstances, as hinted above, which are for the national court to assess. There will always be a need to strike the right balance between opposing legitimate objectives and it is for national courts and/or competition authorities to work with all the available evidence and information.

It also stems from a solid number of precedents that the "sporting exception" interplays with competition law. The specificities of sport cannot be used as a blank exemption to escape antitrust scrutiny altogether, as they are always subject to a test of proportionality with respect to the objective pursued. Nonetheless, such proportionality test may not be 'static' and confined to a specific stage of the analysis of a restriction (e.g., the sole wording of the UEFA's rules to punish disobedient clubs or the mere structure of the ESL); rather, and subject to a case-by-case assessment, it may require a 'dynamic' application along the lines of a progressive analysis of effects of a set of interrelated conducts on the functioning of normal competition in the relevant market(s). Such progressive analysis of effects in antitrust litigation is driven and influenced by each parties' sake to shifting the burden of proof upon the other by providing additional corroborating evidence of the alleged actual or potential (or absence of) effects in competition.

Another conclusion reached in this paper is that the ESL's and UEFA's lines of conduct cannot be analysed in isolation, as they represent two sides of the same coin. Ignoring their interplay would mean ignoring the specific context of which they are part, in contrast with the CJEU's approach to antitrust analysis as well as to prevailing economic theories on the dynamics of so called "two-sided markets" with the related network effects (the footballs leagues and the commercialization of media rights own such features).

A finding that both the ESL project and the UEFA rules and disciplinary sanctions constitute a prohibited infringement of either Article 101 or Article 102 TFEU is not unconceivable, if they remain designed as currently envisaged. As a result, the ESL could be deemed unlawful as a whole (and all implementing acts would be deemed null and void from a legal standpoint), along with the disciplinary sanctions possibly decided by UEFA. The latter have little chances to be exempted from an antitrust infringement if remain so definitive and subject to potentially arbitrary, disproportionate, discriminatory or non-transparent application to either clubs or players.

This outcome alone would not generate any progress or net benefit to competition and welfare of the sport community. We therefore ventured in the search for an alternative route, possibly a political solution or compromise: and we leaped at the heart of European football governance, where functional and legal unbundling could be pursued between certain internal functions within the UEFA's 'natural monopoly' resulting from the "One Sport, One Federation" principle. The functional and legal separation of the regulatory and commercial tasks (namely, commercialization and sharing of media rights) within UEFA would potentially minimize the risk that the owner and manager of the unique infrastructure is influenced by distorted incentives in deciding investments in the same infrastructure or in providing access to competitors.

Implementing reforms of this nature and scale requires a titanic, twofold effort. From a legal and business point of view, it would imply a profound rethinking of the current sportive regulatory framework in light of the unavoidable emancipation of football as a huge entertainment phenomenon, in addition to being a sport discipline. But that would still be insufficient, without a strong political will. There would be no 'third route' without courage and generosity. Something capable of opening the horizon of European football policy with a new course of action resembling to a romantic "*whatever it takes*".

ANALISI ECONOMICA E PROSPETTIVE DEL PROGETTO «SUPER LEAGUE»

di Marco Di Domizio* e Raul Caruso**

ABSTRACT: This article aims at discussing the issue of the football Super League as it emerged in the proposal of the 12 «rebels» clubs in April 2021. The idea of a European League managed by the most powerful clubs out of the UEFA shield is not a novelty in the history. The reaction of media, politicians, and fans has been so harsh against the project inducing the clubs, firstly the English teams, to give it up, with the exemption of Juventus, Barcelona and Real Madrid even menaced by UEFA to be fined or excluded from the European competitions in the next season. Our paper contributes to the debate on Super League by discussing key elements that recently, in our opinion, may have forced the proposers to overturn the European football organization. We examine the economic and financial situation of the 12 clubs adhering to the Super League by scrutinizing the financial reports to test the hypothesis if the abovementioned project may be considered as the final fling prior their bankruptcy, or a natural step towards the process of «americanization» of European football. The financial situation has been also explored considering the effects of the Covid-19 pandemic crisis that increased the financial instability of the football system. In our opinion the Super League projects has not been determined firstly by the risk of solvency of the 12 clubs, but as in the past, by the willingness to exclude the international organization (UEFA) from the control of the increasing earnings generated by the football events. In addition, by organizing a «semi-closed» competition, the clubs aim at reducing the financial risky associated to worst sporting performances. The collapse of the projects revealed its fragility since a new design of international competition may not be considered the solution of the wide problems faced by football nowadays. A more comprehensive perspective needs to be adopted to solve the difficulties of clubs in terms of wages bubbles, revenues polarization, results crystallization, and calendar saturation.

JEL CODES: L83, M40, Z28.

Keywords: *Super League – European Football – Financial Indicators – Revenues Polarization – Results Crystallization.
Super Lega – Calcio Europeo – Indicatori Finanziari – Polarizzazione dei ricavi – Cristallizzazione dei risultati.*

SOMMARIO: Introduzione – 1. L'evoluzione del contesto economico e finanziario del calcio europeo: una sintesi – 2. Il profilo economico e finanziario dei club «ribelli» – 3. Il progetto *Super League* – 4. Possibili sviluppi futuri del progetto *Super League* – 5. Conclusioni – Bibliografia

* Ricercatore Confermato di Economia Politica e Docente di Economia dello Sport presso il Master in Comunicazione e Politiche per lo Sport, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi di Teramo. E-mail: mddidomizio@unite.it.

** Dipartimento di Politica Economica, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia. E-mail: raul.caruso@unicatt.it.

Introduzione

Il clamore provocato dalla presentazione del progetto *Super League* proposto da 12 club di calcio europei nella notte tra il 17 e il 18 aprile non sembra essersi placato. Seppure nel giro di pochi giorni 9 dei 12 club proponenti abbiano fatto marcia indietro rispetto all'iniziale adesione, la sola idea che 12 squadre potessero stravolgere l'architettura del calcio professionistico continentale ha innescato una serie di reazioni che continuano a generare un intenso dibattito. Non ci riferiamo soltanto alla *querelle* tra UEFA e i 3 club che non hanno esplicitamente ripudiato il progetto (Real Madrid, Barcellona e Juventus), che sembrerebbero passibili di multe o addirittura della esclusione dalle competizioni, ma soprattutto allo scambio di idee che ne è seguito e che ha interessato diversi ambiti. Trascurando gli aspetti politici, sociologici e mediatici, va evidenziato intanto quello giuridico e regolamentare, rispetto alla possibilità che un insieme di soggetti privati possa porsi in concorrenza con le consolidate istituzioni europee e nazionali, UEFA e singole Federazioni, nell'organizzazione delle rispettive competizioni. Un secondo aspetto, ma non meno importante, è quello economico e finanziario. La quasi totalità dei commentatori, in particolare coloro che avversano la proposta, ha evidenziato come questa sia il frutto di una situazione di profonda crisi finanziaria dei club proponenti, crisi che ha origini lontane, ma che i mancati introiti dalla vendita dei biglietti e la riduzione del valore dei diritti televisivi dovuti alla pandemia da Covid-19 hanno acuito. In realtà, i presupposti di un tentativo nei termini che si sono manifestati cogliendo tutti di sorpresa, erano già stati messi in chiaro da Andrea Agnelli, presidente della Juventus, nella sua lettera di accompagnamento alla Relazione Finanziaria della società del 18 settembre 2020. In quella occasione, a proposito della modalità della ripartizione dei diritti televisivi, che l'UEFA lega indissolubilmente alla *performance* sportiva, e della loro gestione, Agnelli affermava: *«Da tempo, in questa ed altre sedi, abbiamo segnalato l'asimmetria di un sistema che pone il rischio imprenditoriale sui club, i quali sostengono tutti i costi del sistema, ma assegna ad altri soggetti una parte rilevante del controllo e, quindi, della generazione degli introiti [...] Il principio cardine dell'impresa moderna è il controllo delle risorse per le quali si assumono oneri e rischi. La separazione di questo bilanciamento è percepita come innaturale, forzata. È un tema di governance, che gli effetti della pandemia stanno mettendo a durissima prova, minacciando la stessa sopravvivenza dei club, che quei rischi affrontano, senza disporre degli strumenti che consentirebbero loro di mitigarli [...] Il calcio sta cambiando con l'arrivo di una nuova generazione di atleti e di consumatori. Il mondo, che troverà una soluzione per gestire la pandemia, è già cambiato e in evoluzione. La Juventus saprà stare al passo»*.¹ La lettura di questi passaggi, oggi, appare molto chiara. L'idea di un cambiamento nella *governance* del calcio era già in una fase avanzata.

¹ JUVENTUS F.C. – Relazione Finanziaria Annuale al 30 giugno 2020, 18 settembre 2020, 3-4.

Il presente contributo vuole cercare di approfondire le tematiche economiche legate al progetto *Super League*, in particolare prova a capire cosa possa aver spinto i 12 club a proporre un progetto così di «rottura» rispetto all'attuale organizzazione del calcio professionistico europeo. L'ipotesi di lavoro è di esaminarne le ragioni analizzando alcuni aspetti contabili associati alle entrate e ai costi degli stessi club, per verificare se la proposta possa essere inquadrata in un'ottica difensiva, come estrema *ratio* di una situazione finanziariamente fuori controllo, oppure se possa essere considerata come un'opportunità che la stessa pandemia ha generato, accelerando i tempi di un'evoluzione, per taluni inevitabile, verso un processo di «americanizzazione» del calcio europeo. L'analisi non intende sfiorare i termini di legittimità giuridica della proposta o proporre una valutazione etica della stessa, ma semplicemente approfondire l'opportunità economica dell'architettura di una *Super League* europea, dove per opportunità economica intendiamo non solo una mera analisi costi-benefici contabili, quanto una prospettiva più ampia che tenga conto dei possibili riflessi in termini di *welfare*, tanto dal lato dell'offerta che della domanda.

Il lavoro è strutturato nel seguente modo: nel primo paragrafo cercheremo di fornire il quadro evolutivo economico e finanziario del calcio europeo all'interno del quale la proposta della *Super League* si è (ri)materializzata. Nel secondo proveremo a sintetizzare il quadro economico e finanziario delle società che sono state protagoniste del progetto evidenziando i possibili effetti della pandemia da Covid-19. Nel terzo ci occuperemo di chiarire l'architettura della competizione proposta nel progetto *Super League*, almeno nelle parti per le quali è possibile farlo, ripercorrendo alcuni temi del dibattito che dal punto di vista della Economia dello Sport ha origini piuttosto lontane. Nel quarto paragrafo proveremo a delineare i possibili sviluppi rispetto alla proposta, se questa è destinata ad essere ricordata come un clamoroso «flop» oppure come un'ulteriore fase di avvicinamento alla trasformazione dell'organizzazione del calcio professionistico come nelle *Major Leagues* nordamericane. L'ultima parte conclude il lavoro.

1. *L'evoluzione del contesto economico e finanziario del calcio europeo: una sintesi*

L'ipotesi di una competizione internazionale giocata tra le squadre più blasonate e ricche del panorama europeo, fuori dalla legislazione UEFA, non è affatto nuova. Il *Financial Times* del 15 ottobre del 1998 e l'*Independent* il 23 ottobre dello stesso anno riportavano e approfondivano la notizia dell'ipotesi avanzata da *Media Partners* di coinvolgere i principali club europei in una nuova competizione internazionale, fuori dall'egida dell'UEFA, a partire dal 2000. In quell'occasione l'UEFA rispose modificando ulteriormente l'architettura della *Champions League*, aumentando il numero delle squadre ammesse ed il numero delle partite da giocare ancor più di quanto non avvenuto nella prima fase di rivisitazione della formula ad eliminazione diretta adottata dalla nascita della competizione fino al 1991, spegnendo

quindi sul nascere il progetto di una *European Super League*. Anche in quella occasione la proposta aveva destato scalpore, e il dibattito aveva generato una fiorente letteratura anche in ambito economico-politico tanto da paventare l'ipotesi che il calcio professionistico europeo fosse pronto per una successiva e prossima «americanizzazione».²

Il mondo del *football* europeo, infatti, da poco meno di un decennio aveva registrato una serie di cambiamenti che ne avevano modificato profondamente la struttura.³ L'avvento delle televisioni a pagamento che offrivano la possibilità di guardare tutte (o quasi) le partite comodamente da casa, con gli annessi fiumi di denaro che si stavano riversando nelle casse delle società,⁴ e la «sentenza Bosman»⁵ che, di fatto, liberalizzava il mercato dei calciatori comunitari, avevano determinato cambiamenti radicali tanto nell'organizzazione delle competizioni quanto nelle modalità di gestione dei club.⁶ Da modelli SSSL (*Spectators-Subsidies-Sponsors-Local*) nei quali le potenzialità economiche del club erano associate al bacino di utenza e alla dimensione dei mercati locali, si erano imposti modelli MCMMG (*Media-Corporations-Merchandising-Markets*) rispetto ai quali i mercati di riferimento non erano, e non sono più locali, ma globali, con un aumento delle entrate soprattutto per quei paesi e club in grado di sfruttare le opportunità offerte da una forte connessione con il mondo della televisione e della comunicazione.⁷ Per alcune realtà si è aperta la possibilità di una profonda trasformazione dell'intero settore, sfruttata soprattutto dal mondo del calcio inglese, con importanti investimenti nelle infrastrutture e cambiamenti epocali nella modalità di fruizione degli eventi.⁸ Per altre, quella che ne è seguita, è stata semplicemente una «corsa agli armamenti» in cui molti club hanno investito in talento, spesso con tassi di crescita nel monte salari superiori rispetto a quelli registrati dalle entrate, fino a generare perdite, trasformatesi presto in debiti, la cui insostenibilità ha

² T. HOEN, S. SZYMANSKI, *The Americanization of European Football*, in *Ec. Pol.*, vol.14, n.28, 1999, 205-233.

³ S. DOBSON, J. GODDARD, *The Economics of Football*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

⁴ W. ANDREFF, J. F. BOURG, *Broadcasting Rights and Competition in European Football*, in C. Jeanrenaud, S. Késenne (a cura di), *The Economics of Sport and Media*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 37-70.

⁵ S. KÉSENNE, *The Bosman case and European football*, in W. Andreff, S. Szymanski (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 636-642. J. J. BINDER, M. FINDLAY, *The effects of the Bosman ruling on national and club teams in Europe*, in *J. of Sp. Ec.*, vol.13, n.2, 2012, 107-129.

⁶ W. ANDREFF, *Team Sports and Finance*, in W. ANDREFF, S. SZYMANSKI (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 689-699.

⁷ B. GERRARD, *Competitive Balance and the Sport Media Rights Market: What are the Real Issues?* in C. Jeanrenaud, S. Késenne (a cura di), *The Economics of Sport and Media*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 26-36.

⁸ R. PENN, *Sport e sviluppo economico locale: l'esperienza del calcio inglese*, in N. Bortoletto, B. Mazza (a cura di), *Tempi e Spazi dello Sport – Italia-Inghilterra: modelli a confronto*, Il Piccolo Libro, Teramo, 2006, 53-74; S. SZYMANSKI, R. SMITH, *The English Football Industry: profit, performance and industrial structure*, in *Int. Rev. App. Ec.*, vol.11, n.1, 1997, 135-153.

determinato, talvolta, anche fallimenti.⁹ Si è sviluppata quella che è stata denominata in letteratura come «*zombie race*», in cui la spirale perversa determinata dalla rincorsa tra ricavi e salari ha generato, di fatto, una competizione tra club insolventi.¹⁰

Il calcio italiano è stato protagonista, in senso negativo, di questa bolla salariale. Già nel 2003, delle 18 squadre partecipanti al massimo campionato, 13 registravano perdite per complessivi 414 milioni di euro ed il debito accumulatosi era arrivato a 1,742 miliardi.¹¹ A questo fenomeno cominciava ad affiancarsene un secondo, relativo alla «polarizzazione» della *performance* in cui le squadre di vertice erano sempre più dominanti rispetto alle concorrenti nelle competizioni nazionali. Questi processi sono stati alimentati anche e soprattutto dall'attitudine *utility oriented* dei club, di cui la vittoria è variabile cruciale nel profilo delle preferenze dei proprietari.¹² La scarsa attenzione verso il lato dei costi e la dinamica dell'indebitamento, alimentato dalle perdite di esercizio, si andava manifestando come un fenomeno piuttosto generalizzato nel panorama calcistico europeo,¹³ tanto da spingere l'UEFA a introdurre il *Financial Fair Play* (FFP), strumento con il quale alle squadre che avessero voluto partecipare alle coppe internazionali erano richiesti degli standard contabili e di trasparenza nella gestione in grado di ridurre il rischio insolvenza.¹⁴ A queste iniziative a livello continentale ne sono state affiancate altre a livello nazionale. La FIGC, ad esempio, al fine di aumentare la trasparenza e agevolare le fasi di controllo circa la solvibilità delle squadre partecipanti ai diversi campionati professionistici italiani, ha introdotto l'obbligo di redazione di alcuni indicatori legati ai rapporti *Ricavi/Indebitamento*, *Patrimonio Netto/Attivo Patrimoniale* e *Valore della Produzione/Debiti Finanziari*.¹⁵ Gli interventi dell'UEFA e delle Federazioni nazionali hanno certamente migliorato la situazione finanziaria complessiva. Come evidenziato nell'ultimo *report* UEFA del 2019 sull'intero panorama dei club europei, tanto i profitti operativi quanto quelli *post-tax* hanno registrato una dinamica virtuosa a partire dagli anni immediatamente

⁹ H. GAMMELSÆTER, *Institutional pluralism and governance in "Commercialized" sport clubs*, in *Eu. Sp. Man. Qu.*, vol.10, n.5, 2010, 569-594; T. ROBINSON, R. SIMMONS, *Gate-sharing and talent distribution in the English football league*, in *Int. J. Ec. Bus.*, vol.21, n.3, 2014, 413-429.

¹⁰ E. FRANCK, *European Club Football after "Five Treatments" with Financial Fair Play – Time for an Assessment*, in *Int. J. of Fin. St.*, vol.6, n.9, 2018, 1-19.

¹¹ U. LAGO, *The state of Italian Football Industry*, in W. ANDREFF, S. SZYMANSKI (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 463-473.

¹² P. SLOANE, *The Economics of Professional Football: The Football Club as Utility Maximizer*, in *The Sc. J. of Pol. Ec.*, vol.18, n.2, 1971, 121-146.

¹³ S. MORROW, *Impression management in football club financial reporting*, in *Int. J. of Sp. Fin.*, vol.1, n.2, 2006, 96-108.

¹⁴ T. PEETERS, S. SZYMANSKI, *Financial fair play in European football*, *Ec. Pol.*, vol.29, n.78, 2014, 343-390. A proposito del *Financial Fair Play* e le regole in esso incluse si veda anche *UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations, Edition 2018*, scaricabile dal sito ufficiale www.uefa.com.

¹⁵ G. GRAVINA, *Il Bilancio d'Esercizio e l'Analisi delle Performance nelle Società Calcistiche Professionistiche*, Franco Angeli, Milano, 2011.

successivi l'introduzione del FFP.¹⁶ A livello aggregato i primi sono passati da un valore negativo di circa 1,1 mld/Euro del quadriennio 2009-2012 (-270 mln/Euro annui), ad un valore positivo di 4,7 mld/Euro del sessennio 2013-2018 (781 mln/Euro annui). I secondi, dopo aver raggiunto il punto più basso nel 2012 con perdite complessive per 1,7 mld/Euro, hanno invertito la tendenza fino a raggiungere, nel 2017 e nel 2018, valori positivi di 579 e 140 mln/Euro, rispettivamente. Una dinamica altrettanto virtuosa è stata registrata dal *Debito Netto* accumulato da tutti i club europei investigati dall'UEFA. Includendo tra questi i debiti contratti con le banche, gli scoperti di conto, e i prestiti contratti da altre parti al netto del *Cash Flow*, il debito netto, seppure sia cresciuto in valore assoluto da 7,7 mld/Euro del 2009 a 8,5 mld/Euro del 2018, si è notevolmente ridotto rispetto ai *Ricavi Totali*, passando dal 65 al 40 per cento.

Su questo *trend* che, pur nelle difficoltà finanziarie e nella variabilità degli stessi dati tra le diverse realtà nazionali, evidenzia un processo lento ma costante di miglioramento dei fondamentali di bilancio, si è abbattuta la pandemia legata al Covid-19.¹⁷ Gli effetti economici sul mondo del calcio si sono materializzati in una duplice veste. Da un lato l'assenza di pubblico ha ridotto – in parte per la stagione 2019/2020 e *in toto* per la stagione 2020/2021 – le entrate da botteghino; dall'altro i problemi legati alla interruzione dei campionati, alla successiva ripresa con modalità necessariamente di emergenza, ha indotto le televisioni a rivedere i termini economici dei contratti riducendo il valore complessivo dei relativi diritti.¹⁸ È in questo contesto che esplose il caso *Super League*. Per la quasi totalità dei commentatori avversi, tale proposta sarebbe il tentativo di rimettere a posto le finanze dissestate dei club proponenti, incapaci di porre un controllo alla spirale dei costi e quindi alla ricerca di altre fonti di entrata per tamponare l'emergenza. Per poter testare la robustezza di questa ipotesi è necessario verificare l'attuale posizione finanziaria dei 12 club «ribelli» al fine di evidenziare eventuali fragilità che possano aver determinato, o accelerato, l'idea di creare una competizione fuori dalla giurisdizione UEFA.

2. *Il profilo economico e finanziario dei club «ribelli»*

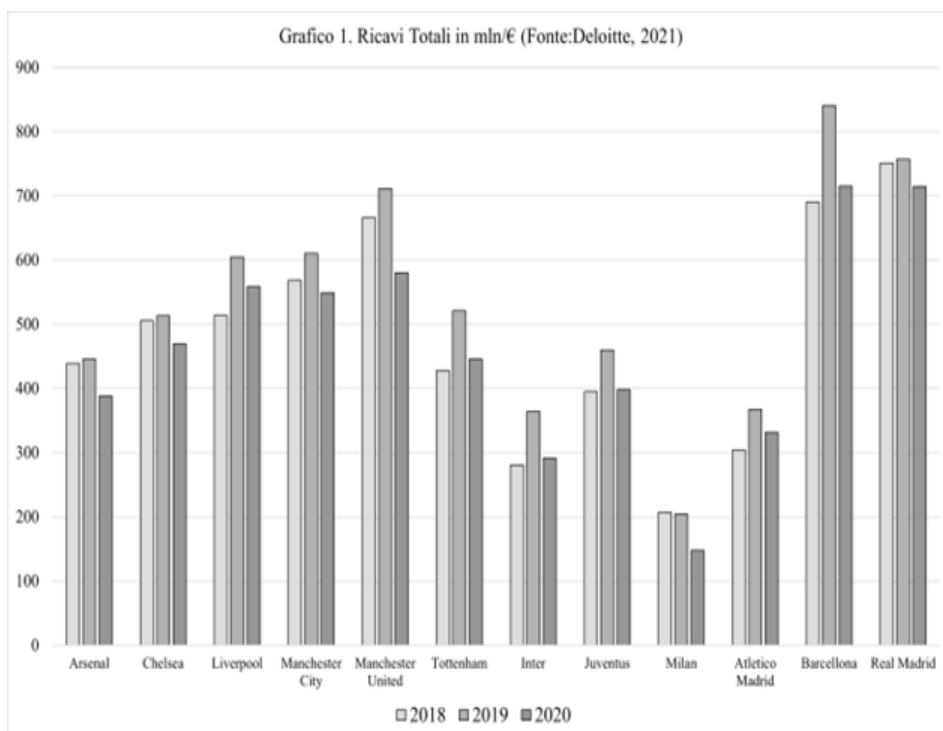
Gli effetti complessivi, in termini economici e finanziari, causati dalla pandemia da Covid-19 sull'interno sistema calcistico, e in particolare sulle singole squadre, saranno noti solo quando l'emergenza sarà terminata e i bilanci relativi alle stagioni coinvolte

¹⁶ UEFA, *The European Club Footballing Landscape - Club Licensing Benchmarking Report - Financial Year 2018*, 2019.

¹⁷ J. HAMMERSCHMIDT, S. DURST, S. KRAUS, K. PUUMALAINEN, *Professional football clubs and empirical evidence from the COVID-19 crisis: Time for sport entrepreneurship?* in *Tec. For. and Soc. Ch.*, 165, 2021, 1-10; D. BEIDERBECK, N. FREVEL, A. HEIKO, S. L. SCHMIDT, V. M. SCHWEITZER, *The impact of COVID-19 on the European football ecosystem – A Delphi-based scenario analysis*, in *Tec. For. and Soc. Ch.*, vol.165, 2021, 1-17.

¹⁸ KPMG, *The European Elite 2021 – Football Club's Valuation: Dribbling around Covid-19*, 2021.

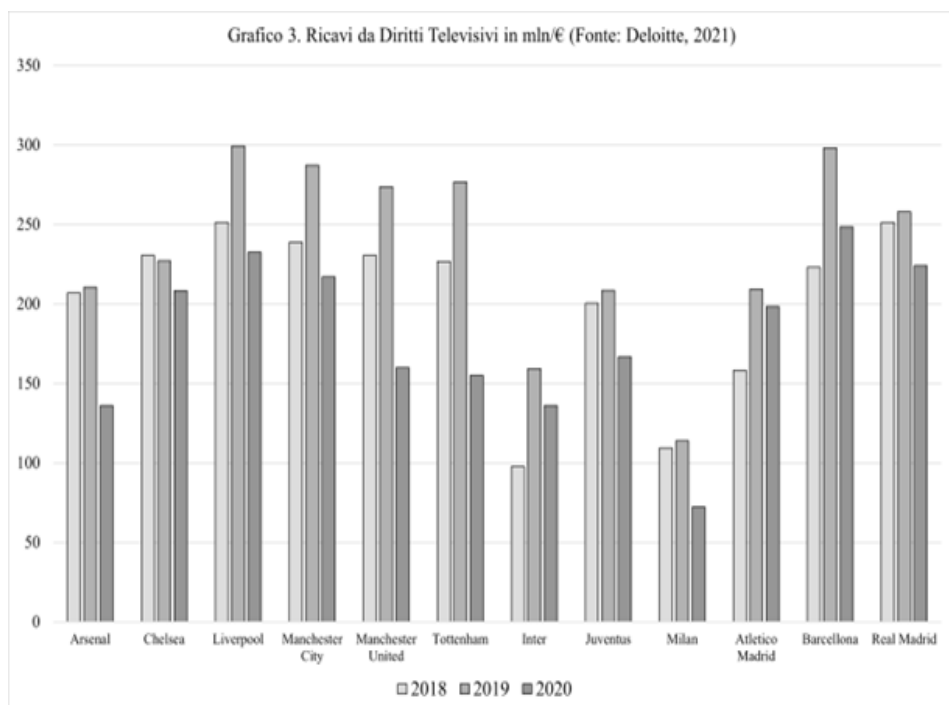
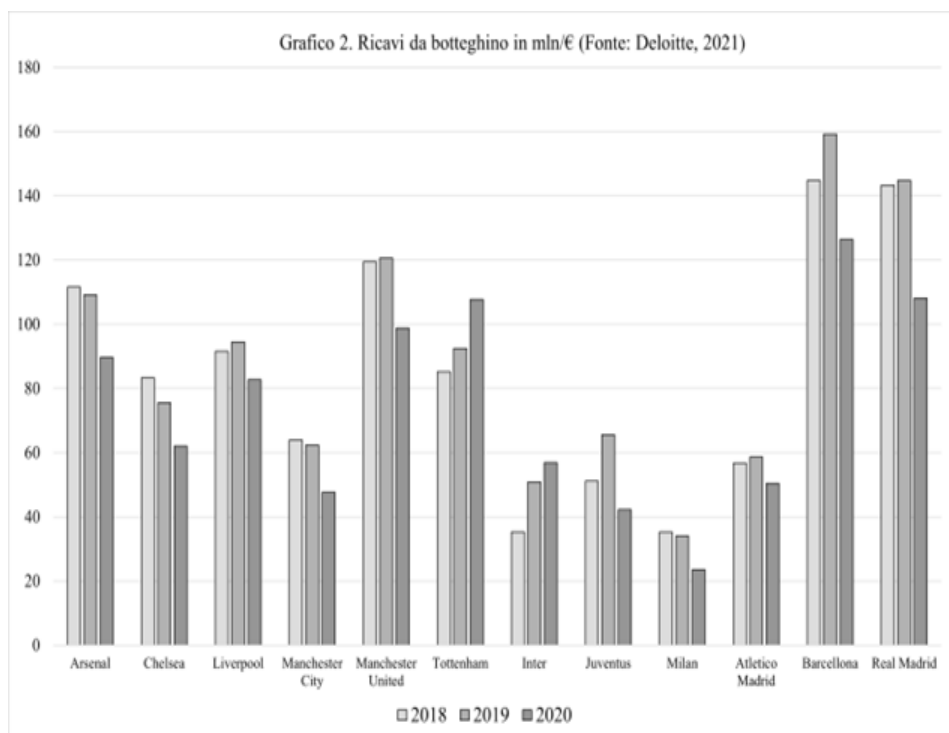
saranno approvati e resi pubblici, così come solo nel prossimo futuro potremo realizzare quali cambiamenti nei modelli gestionali questa fase avrà prodotto.¹⁹ Per il momento l'analisi non può che essere parziale, sia in termini aggregati che per le realtà nazionali. In questa sezione cercheremo di capire, dove la disponibilità dei dati ce lo permette, qual è il quadro economico dei club che si sono resi protagonisti della proposta della *Super League*, i 6 inglesi (Arsenal, Chelsea, Liverpool, Manchester City, Manchester United e Tottenham), i 3 spagnoli (Atletico Madrid, Barcellona e Real Madrid), e i 3 italiani (Inter, Juventus e Milan). Una parte delle informazioni relative alla situazione economica di questi club è desumibile dai *report* annualmente pubblicati da Deloitte²⁰ in cui vengono evidenziati alcuni dati relativi ai 20 club europei con maggiori entrate.²¹ Dai dati DELOITTE, che si limitano però alla stagione 2019/20, è possibile farsi un'idea, seppure approssimativa, dell'impatto prodotto dalla pandemia sui ricavi complessivi e sulle diverse componenti degli stessi, e di quello che potrebbe essere l'effetto sulla stagione corrente. I grafici 1-4 riassumono l'andamento, rispettivamente, dei *Ricavi Totali*, dei *Ricavi da Botteghino*, dei *Ricavi da Diritti Televisivi* e dei *Ricavi Commerciali* nelle ultime tre stagioni, con esclusione della attuale.

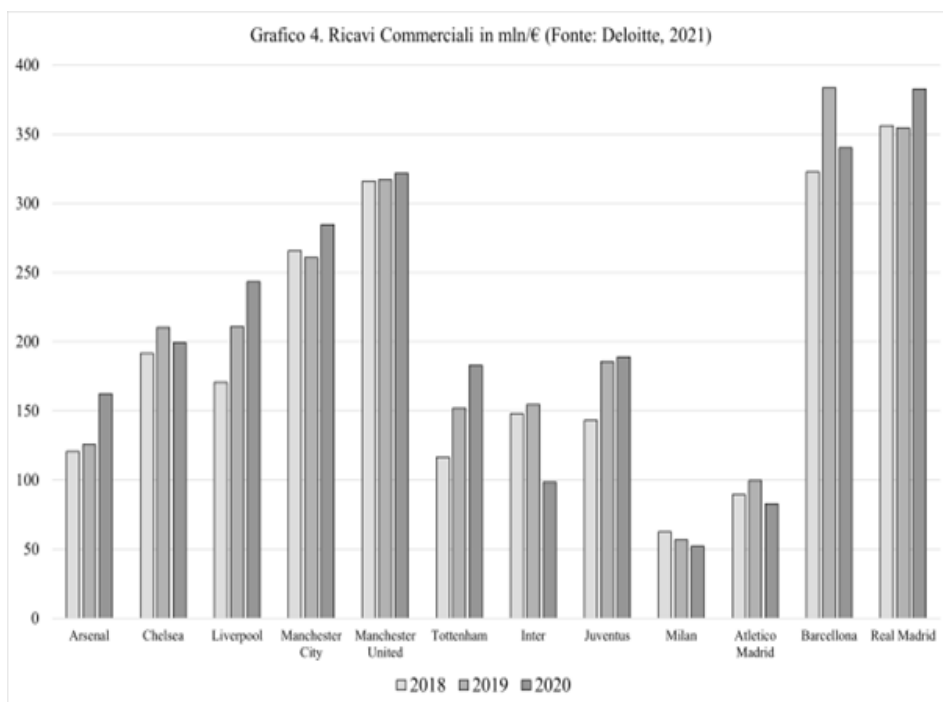


¹⁹ J. J. READE, C. SINGLETON, European football after COVID-19. *A New World Post COVID-19*, in University of Reading Working Paper, 349, 2020, 1-12.

²⁰ DELOITTE, Football Money League, 2021.

²¹ I dati relativi al Milan, che nel triennio considerato era fuori dalla classifica stilata da Deloitte, sono stati estrapolati dai bilanci redatti alla fine delle relative stagioni.

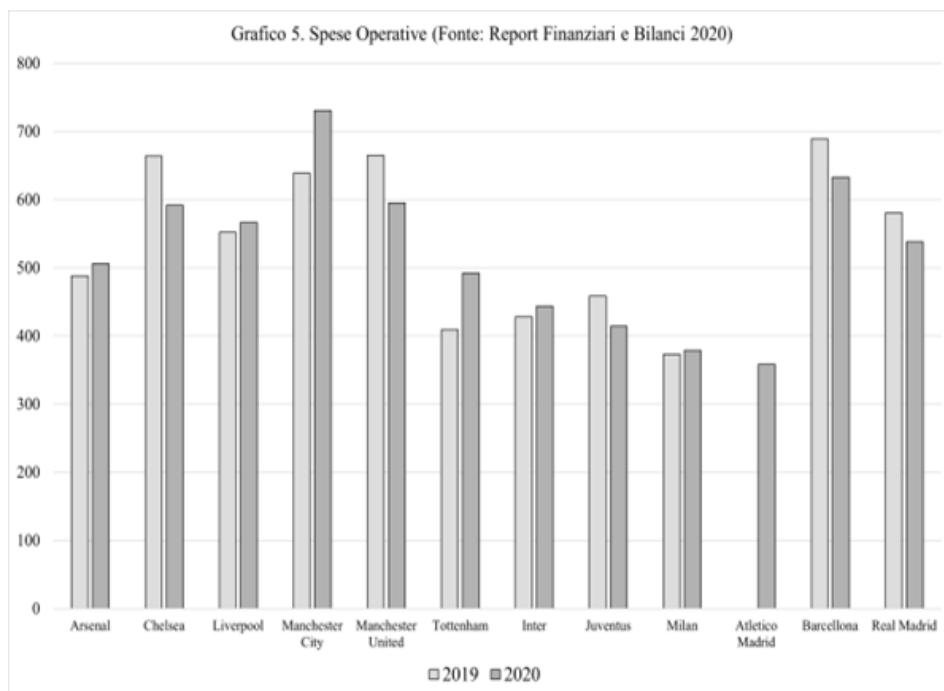




L'effetto negativo (complessivo) sulle entrate dei 12 club rispetto alla stagione precedente la pandemia è stato di circa 810 mln/Euro, riduzione alla quale ha contribuito, in larga misura, il calo associato alle entrate da diritti televisivi (-667 mln/Euro), rispetto a quello delle entrate da botteghino (-172 mln/Euro), mentre i ricavi commerciali hanno subito un aumento di poco più di 28 mln/Euro. La riduzione delle entrate non si è distribuita in modo omogeneo tra le diverse squadre. Se consideriamo le nazioni di appartenenza possiamo notare come il calo relativo è stato più sostenuto per le squadre italiane (-18,6%), rispetto a quello registrato dalle squadre inglesi (-12%) e spagnole (-10,4%). Anche nella distribuzione tra le varie componenti il calo non è stato omogeneo. Le squadre inglesi hanno osservato una riduzione nelle entrate soprattutto nella componente associata ai diritti televisivi (-29,6%) rispetto a quella degli incassi da botteghino (-12%), e così è stato per le squadre italiane (riduzione del 22% delle entrate da diritti televisivi e del 18,5% nelle entrate da botteghino), mentre le squadre spagnole hanno sofferto relativamente di più dal punto di vista delle entrate da botteghino (-18,5%) rispetto a quelle da diritti televisivi (-12,3%). L'analisi sui dati delle entrate è stata implementata da quella effettuata sui bilanci approvati alla fine della stagione 2019/2020 e dai *report* finanziari messi a disposizione dai club.²² Da questi, pur

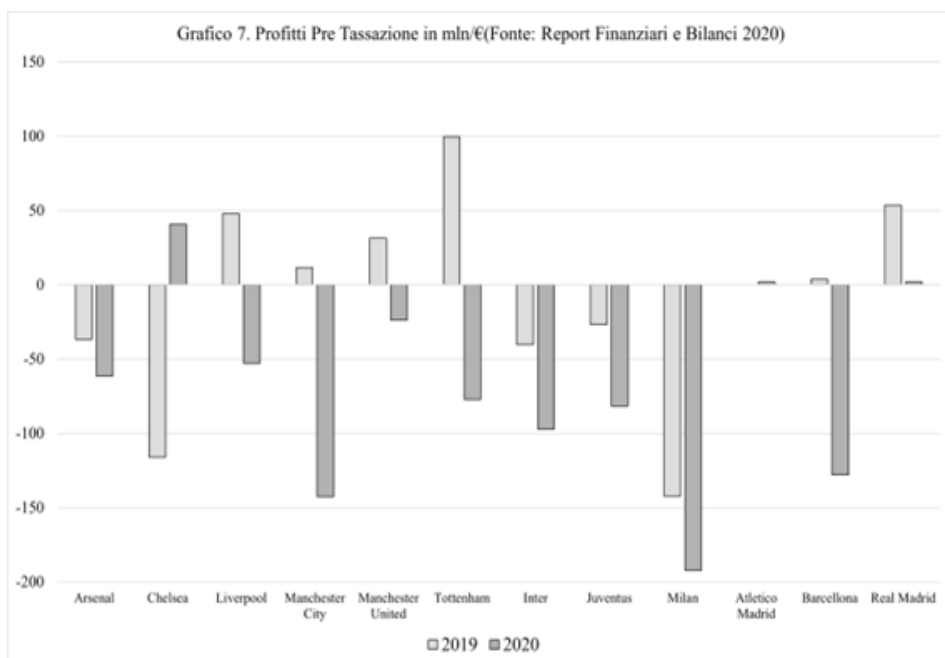
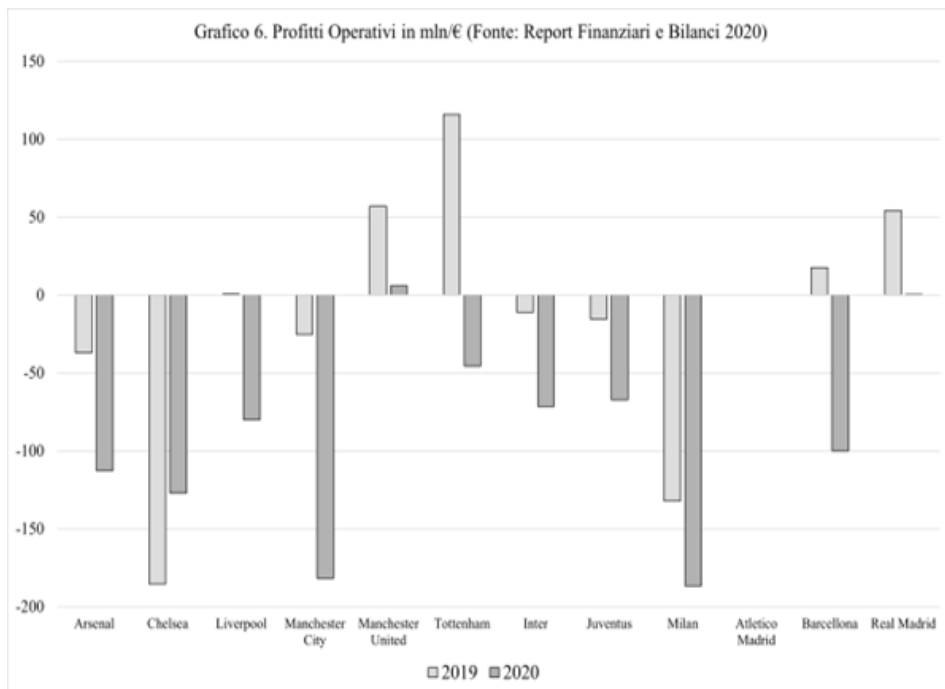
²² I dati relativi all'Atletico Madrid non sono disponibili; per questo club le informazioni (parziali) riportate sono state ricavate da un documento di sintesi fornito da Orbis. Per rendere confrontabili

nella difficoltà di rendere omogenea l'analisi, abbiamo provato a catturare l'andamento delle spese operative negli ultimi due anni. Il grafico 5 ne riassume i contenuti principali.

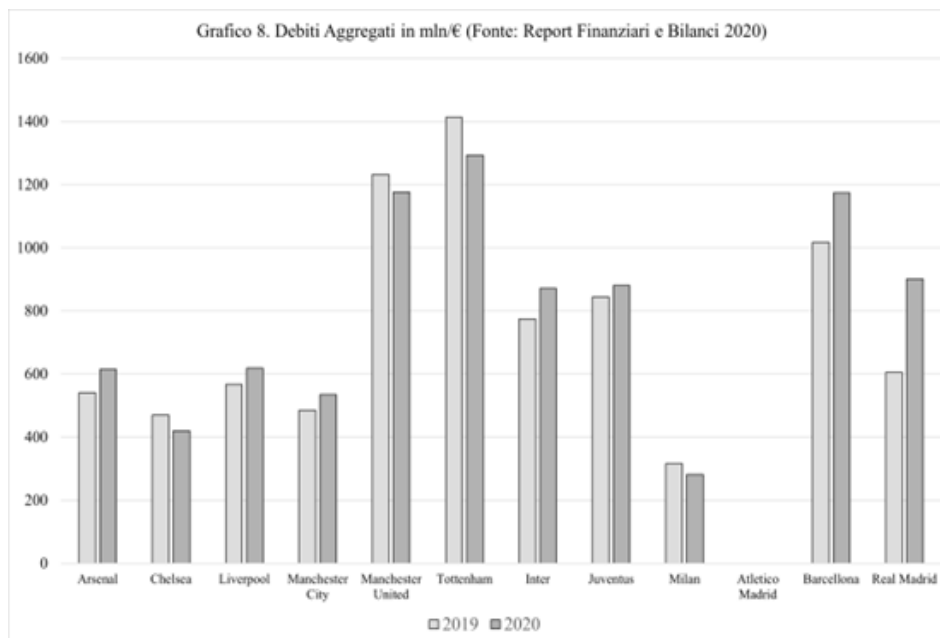


In generale, le spese operative dei club hanno subito una lieve riduzione intorno all'1% per le 11 società delle quali disponiamo di informazioni complete, pur in un ampio ventaglio di differenze a livello di club. Chelsea e Real Madrid sono riuscite a ridurre le spese in misura consistente controbilanciando pienamente la contrazione dei ricavi, altre hanno osservato consistenti riduzioni delle spese operative seppure non sufficienti a contrastare la riduzione dei ricavi (Manchester United, Juventus, Barcellona e Real Madrid). Gli altri club hanno osservato incrementi delle spese fino al 20% (Tottenham). La dinamica delle entrate e delle spese ha così portato ad un risultato operativo generalmente negativo, come nelle attese.

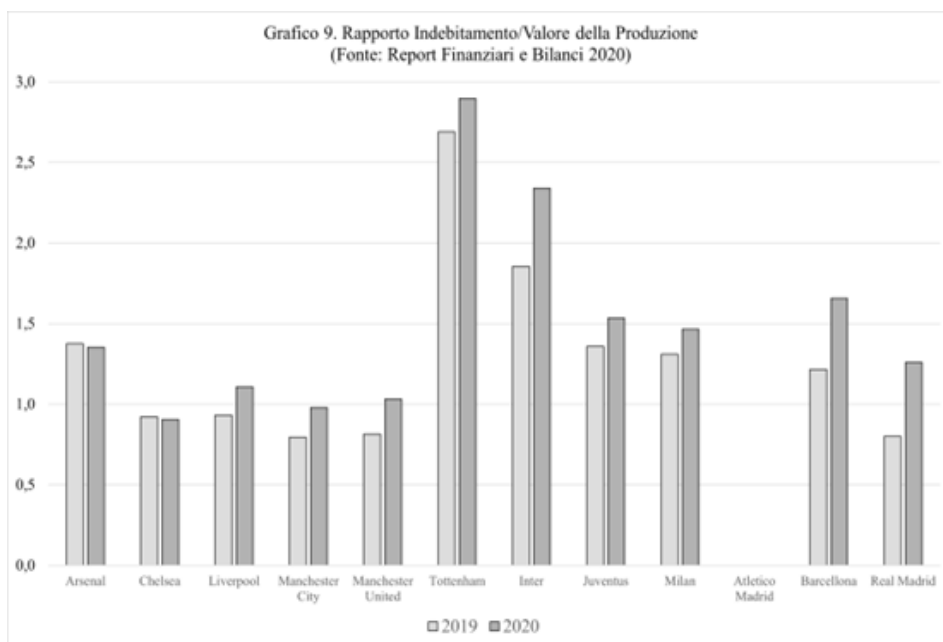
i dati delle squadre comunitarie e di quelle inglesi abbiamo adottato un tasso di cambio £/Euro di 1,14. Si consideri, inoltre, che i bilanci fanno riferimento all'attività dei club che, nei casi di Barcellona e Real Madrid, ad esempio, incorporano i risultati aggregati di tutte le competizioni nei diversi sport in cui queste sono impegnate.



Ad esclusione dell'Atletico Madrid, che non ha reso pubblici i dati per gli ultimi due anni e per il quale abbiamo il solo risultato relativo ai profitti prima delle tasse del 2020 (1,9 mln/Euro), dei restanti 11 club 9 registrano perdite per importi compresi tra i 45 mln/Euro del Tottenham ed i 186 mln/Euro del Milan, con una media di 108 mln/Euro. Solo il Manchester United ed il Real Madrid presentano profitti, rispettivamente di 5,9 e 0,4 mln/Euro. Rispetto ai profitti operativi soltanto il Chelsea ha migliorato la propria performance finanziaria riducendo le perdite dai 185,4 a 127,2 mln/Euro. Situazione simile è quella associata ai profitti prima della tassazione dove 9 club presentano perdite per una media di 95,2 mln/Euro, con un valore minimo per il Manchester United di 23,7 mln/Euro e massimo per il Milan di 192,4 mln/Euro. Real Madrid, Atletico Madrid e Chelsea presentano profitti con valori, rispettivamente, di 1,8, 1,9 e 40,6 mln/Euro. Anche per quanto riguarda il dato sui profitti prima della tassazione solo il Chelsea ha migliorato la propria *performance* finanziaria rispetto alla precedente stagione 2018/19, seppure questo risultato sia frutto delle plusvalenze realizzate dalla vendita di Eden Hazard, Alvaro Morata e Mario Pasalic rispettivamente al Real Madrid, all'Atletico Madrid e all'Atalanta, per un importo complessivo di 162,6 mln/Euro. Cerchiamo ora di capire qual è la situazione in termini di indebitamento. Abbiamo raccolto i dati relativi ai *Debiti Aggregati* rendendo quanto più possibile omogenea la contabilità degli stessi rispetto alle differenti modalità di redazione di relativi *report*, e provando soprattutto ad evidenziare la dinamica degli stessi debiti. Il grafico 8 ne sintetizza i risultati rispetto al biennio 2019-2020.



Come nelle attese, nella maggior parte dei casi (7 su 11) il dato sull'indebitamento complessivo è peggiorato; soltanto Chelsea, Tottenham, Manchester United e Milan sono riuscite a ridurre lo stock del debito. La lettura del dato sui debiti aggregati è parziale perché, come sottolineato anche dall'UEFA nella sua indagine del 2019, le motivazioni che possono portare ad indebitarsi sono diverse. Ci sono casi, come quello del Tottenham e del Real Madrid, in cui l'indebitamento è associato agli investimenti per la costruzione o l'ammodernamento delle strutture, altri, come il caso delle squadre italiane, in cui ci si indebita per far fronte alle spese correnti o per acquistare i giocatori (UEFA, 2019, p.126). Il rischio insolvenza rispetto all'indebitamento è, ovviamente, anche legato alla dimensione dei club e alla loro capacità di generare entrate sufficienti a coprire gli impegni finanziari a breve e lungo termine. A questo proposito abbiamo ponderato i livelli di indebitamento complessivo al *Valore della Produzione* di ogni singolo club. Il grafico 9 ne riporta i risultati.



I livelli di indebitamento rispetto al *Valore della Produzione* sono aumentati in 9 casi degli 11 per i quali abbiamo disponibilità dei dati. Questa dinamica non sorprende visto che, in generale, la pandemia ha determinato una contrazione del volume di affari a fronte di impegni che sono, in larga misura, pluriennali. In alcuni casi l'aumento relativo dell'indebitamento è stato sensibile, per le squadre spagnole e per l'Inter in particolare, ma anche in questi casi occorre distinguere rispetto alle cause che lo hanno determinato. Sulla base di queste riflessioni ci

siamo soffermati su un ultimo indice che viene solitamente utilizzato per verificare la solidità finanziaria di un'impresa dal punto di vista della copertura del debito rispetto alle proprie risorse. Pur nella difficoltà di rendere omogeneo il quadro, in quanto le modalità di compilazione del bilancio possono risultare differenti,²³ abbiamo calcolato un indice di indebitamento mettendo in relazione le passività con il capitale proprio. Questo indice esprime la capacità del club di fare fronte agli impegni assunti con i propri mezzi ed indica il grado di indipendenza da fonti esterne. La tabella 1 riporta i risultati.

Tabella 1. Indice di indebitamento*		
Club	2019	2020
<i>Arsenal</i>	1,51	1,71
<i>Chelsea</i>	0,89	0,72
<i>Liverpool</i>	2,00	2,59
<i>Manchester City</i>	0,46	0,81
<i>Manchester United</i>	2,60	2,94
<i>Tottenham</i>	2,96	2,61
<i>Inter</i>	-181,33	-25,80
<i>Juventus</i>	29,19	3,92
<i>Milan</i>	4,47	10,16
<i>Atletico Madrid</i>		12,47
<i>Barcellona</i>	9,25	40,88
<i>Real Madrid</i>	1,14	1,69
* L'indice è stato calcolato ponderando il <i>Totale Passivo</i> al netto del <i>Capitale Proprio</i> sul <i>Capitale Proprio</i> . Per i bilanci delle squadre non italiane abbiamo considerato il rapporto tra le seguenti voci: (Creditors: amounts falling due within one year + Creditors: amounts falling after more than one year + Provisions for liabilities) / Shareholder's Funds. Fonte: Bilanci e Report Finanziari 2020.		

La situazione di sofferenza è piuttosto chiara, ma occorre fare delle distinzioni. Intanto, emergono delle sostanziali differenze tra l'atteggiamento delle squadre inglesi, nella loro generalità, e quelle degli altri paesi. Le prime presentano dati che, secondo un'ottica contabile generale, indicano certamente livelli di indebitamento eccessivo (oltre l'unità), ma che viene mantenuto all'interno di soglie gestibili, anche alla luce dei flussi delle entrate con le quali queste squadre si confrontano. Gli altri paesi sembrano essere più esposti ai rischi di *default*. Ci sono casi particolari, ad esempio quello dell'Inter, che ha un patrimonio netto negativo e che quindi rappresenta una situazione estrema,²⁴ così come particolare

²³ Un sentito ringraziamento va a Lorenzo Neri della Birkbeck University of London per il prezioso lavoro nel reperimento delle fonti di contabilità e di aiuto nella fase di confronto degli indici.

²⁴ Va sottolineato che la presenza di un capitale netto negativo non è un caso così raro nel panorama calcistico italiano. Questa situazione è legata al fatto che spesso le perdite in bilancio vengono coperte abbattendo appunto le riserve che sono parte del capitale netto, in attesa di nuovi apporti da parte della proprietà.

è quello del Barcellona che nell'esercizio 2019/20 ha abbattuto il proprio capitale netto utilizzando le riserve per coprire le perdite della stagione precedente, così come quello dell'Atletico Madrid e del Milan che presentano indici di indebitamento superiori a 10. L'eccessivo indebitamento rappresenta certamente una delle cause che possono aver spinto i club proponenti a esporsi nel progetto *Super League*, ma la ragione non va cercata nella difficoltà di onorare gli impegni finanziari verso gli *stakeholders*, quanto piuttosto nel fatto che una politica di rientro dall'eccessivo indebitamento potrebbe essere perseguita solo attraverso un cambiamento di regime rispetto alle strategie puramente sportive. Immaginare un piano di rientro dai debiti implica, necessariamente, una riduzione degli investimenti in talento per mantenere alto il proprio livello di competitività. Questa scelta metterebbe a rischio la tendenza positiva delle entrate innescando, nella prospettiva dei club, un meccanismo vizioso per il quale meno vittorie implicano meno entrate, e quindi meno opportunità di recuperare, nel tempo, la competitività sul campo. In questo senso la *Super League* avrebbe garantito quelle entrate che l'eventuale riduzione di competitività sul campo può mettere a rischio nel caso di una fase strategica di controllo dei costi e quindi di riduzione degli investimenti per il mercato dei trasferimenti e per gli ingaggi.

3. *Il progetto Super League*

Come abbiamo ricordato in precedenza, l'idea di un campionato alternativo alla *Champions League* da disputarsi tra i top team europei non è nuova. I progetti avanzati intorno alla metà degli anni Novanta sono stati accantonati, nel tempo, grazie alla continua modifica dei *format* delle competizioni europee e alle modalità di ripartizione delle risorse con le quali l'UEFA ha provato ad andare incontro alle richieste dei club economicamente più forti. L'architettura ideata dai 12 club proponenti, rispetto a quanto è stato possibile dedurre sulla base del comunicato stampa congiunto degli stessi, avrebbe previsto una competizione tra 20 squadre. 15 di queste (i club fondatori) sarebbero state sempre presenti, mentre altre 5 sarebbero state inserite sulla base di meriti sportivi definiti in un secondo momento. La competizione si sarebbe disputata costruendo due gironi da 10 squadre ciascuno, con partite di andata e ritorno da giocarsi a metà settimana, in un classico girone all'italiana, e qualificazione delle prime tre di ogni girone ai quarti di finale. Sarebbero stati previsti anche i *playoff* tra le squadre immediatamente seguenti per guadagnarsi l'ultimo posto ed entrare nella fase finale che sarebbe stata disputata con partite ad eliminazione con la tradizionale formula di andata e ritorno. La proposta non presenta caratteri di eccezionalità; la novità, nel caso, è rappresentata dall'autonomia decisionale dei 12 proponenti. Gli stessi, nel comunicato stampa di presentazione, indicavano la volontà di continuare a competere anche nei rispettivi campionati nazionali, senza aver coinvolto l'UEFA – ma questo non sorprende visto che il progetto mirava a sostituire l'UEFA come autorità organizzativa delle competizioni europee – e neppure le federazioni nazionali e le rispettive leghe.

Questo aspetto è di notevole interesse dal punto di vista economico perché gli effetti prodotti dall'introduzione di una *Super League* europea si riflettono anche e soprattutto sul sistema nazionale. La teoria economica, infatti, ha evidenziato come la creazione di una competizione di *élite* non «ermetica» ha un risultato immediato.²⁵ Immaginando contesti nei quali le entrate di ogni club che partecipano alla *Super League* dipendono sia dalla percentuale di vittorie che dall'equilibrio della competizione, quanto maggiore è la distanza nella capacità di generare ricavi tra la competizione di *élite* e quella nazionale, tanto maggiore sarà l'investimento in talento da parte dei club che competono nella prima. Questo processo implica una contrazione del talento complessivo delle squadre che giocano nelle sole competizioni nazionali. Tale effetto è tanto maggiore quanto maggiore è l'attenzione da parte dei club che partecipano alla competizione d'*élite* rispetto all'equilibrio competitivo della stessa. Il risultato complessivo è una riduzione dei ricavi della competizione nazionale che, in presenza di costi fissi, può creare problemi di sopravvivenza stessa dei club. Le stesse politiche di redistribuzione dei ricavi ipotizzate dai club proponenti non avrebbero effetto perché la condivisione delle entrate (*revenue sharing*) riduce l'incentivo di ogni club ad investire in talento. Mentre questo effetto è mitigato per i club che competono nella competizione d'*élite*, per quelli che competono nella competizione nazionale è consistente. La proposta di una *Super League* semi ermetica, nel senso che non prevede forme di cooptazione esplicite per merito sportivo, nella quale competono i club che poi partecipano anche nelle competizioni nazionali, può minacciare la stabilità finanziaria dei club non d'*élite*. La soluzione migliore, secondo la letteratura, sarebbe l'organizzazione di una *Super League* chiusa, in cui non ci fossero sovrapposizioni tra le competizioni nazionali e quelle europee.²⁶

Quella ipotizzata dai 12 club è stata accostata, nel progetto, all'*Eurolega* di basket, una competizione semichiusa lanciata dalla ULEB (Unione delle Leghe Europee di Basket) nel 2000, in contrapposizione con la *Suproleague* della FIBA (Federazione Internazionale di Basketball). Alla *Euroleague*, attualmente, partecipano di diritto undici squadre. A queste se ne aggiungono 5 per meriti sportivi – la vincitrice del campionato tedesco, quella della lega adriatica, la prima classificata del campionato spagnolo e del campionato russo (VTB) che non possiedono la licenza A, e la vincente dell'*Eurocup* – poi ancora 2 squadre ad invito per complessivi 18 club. Anche l'*Eurolega* nacque in un contesto di forte crisi del mondo della pallacanestro europea. Questa veniva da un decennio di profonde trasformazioni. A partire dalla partecipazione dei professionisti della NBA alle olimpiadi di Barcellona del 1992, che aveva rappresentato un momento decisivo per la promozione di questo sport, passando per la sentenza Bosman che aveva aumentato l'esodo dei giocatori verso i campionati più ricchi (quello italiano, spagnolo e greco) il basket europeo stava vivendo, sul finire degli anni novanta, un periodo

²⁵ T. HOEN, S. SZYMANSKI, *The Americanization of European Football*, in *Ec. Pol.*, cit.

²⁶ Hoen e Szymanski (1999) proposero esplicitamente un *format* con 60 squadre divise in 4 gironi da 15 costruiti sulla base di criteri geografici e di *ranking* UEFA.

di forte fragilità nella *governance*.²⁷ Su questa fragilità fece leva la ULEB che, supportata da una compagnia telefonica spagnola che offrì poco meno di 40 mln/Euro per diventare il *main sponsor* per i successivi 5 anni, lanciò una competizione alternativa a quella della FIBA, minando alla base la credibilità dell'intero movimento. Ne è nato un periodo, tuttora in corso, di forti contrasti, di competizioni alternative e concorrenti tra loro, dalle quali sono emerse alcune evidenze. Certamente l'istituzione dell'*Euroleague* ha rappresentato un importante punto di rottura rispetto a vecchi schemi di *governance* poco inclini a sposare filosofie *business oriented* ed eccessivamente conservative.²⁸ Nell'arco di un quindicennio l'*Euroleague* di Basket è stata in grado di aumentare in misura esponenziale i numeri della competizione, in termini di *audience* televisiva (+ 695%), di presenze nelle arene (+ 234%) e di ricavi complessivi (+ 360%).²⁹ È altrettanto vero, però, che ci sono sostanziali differenze tra le due realtà sportive. La prima è che questa è sorta in un clima di conflitto tra ULEB e FIBA, ma non ha visto contrapposizioni tra i club all'interno delle rispettive competizioni nazionali, come è invece avvenuto nella proposta *Super League* in cui sono emerse forti conflitti tra i club proponenti e i loro pari. In secondo luogo, c'è una differenza enorme tra il valore economico generato dal basket e quello generato dal calcio. Gli unici dati a disposizione evidenziano un rapporto tra *Champions League* ed *Eurolega* che, al 2016, era di circa 6 a 1, e nel tempo è certamente aumentato.³⁰ Questo aspetto non è irrilevante per quanto abbiamo evidenziato in precedenza, ovvero che gli effetti negativi di una competizione non ermetica sui rispettivi campionati nazionali è tanto maggiore quanto maggiore è la distanza economica tra le due competizioni. Da questo punto di vista la situazione nella Serie A di basket può essere considerata esemplificativa. Dai dati a disposizione sulle performance economiche delle squadre partecipanti al massimo campionato italiano emerge un quadro piuttosto desolante, e non molto lontano dalla realtà calcistica.³¹ 13 delle 14 squadre analizzate (2 sono addirittura fallite e non iscritte al successivo campionato) hanno chiuso il bilancio con un risultato operativo negativo. Il dato che fa più riflettere è quello legato alle entrate. Se, complessivamente, il volume dei ricavi era di poco superiore ai 90 milioni di euro (1/30 rispetto a quanto registrato dalla Serie A di calcio nella stessa stagione), 1/3 degli stessi era generato da un solo club, quello che appunto compete

²⁷ D. PRIMAULT, *European professional basketball in crisis: 1992-2002*, in W. Andreff, S. Szymanski (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 530-541.

²⁸ J. J. GOUGUET, D. PRIMAULT, *Analyse économique du fonctionnement des transferts dans les football professionnel*, in *Rev. Aff. Eur.*, vol. 2001-2002, n.3 2002, 305-323.

²⁹ Dati forniti da Eurolega al seguente link www.euroleague.net/rs/5xo83uh9x69k3p7c/84bd1f8d-134d-42a0-a8ee-cd688d29aaa2/a46/filename/euroleague-basketball-15.pdf (Maggio, 2021)

³⁰ Va rilevato come l'*Euroleague Commercial Assets* (ECA), detentrica dei diritti dell'*Eurolega*, non pubblica dati ufficiali sulla dimensione economica della competizione.

³¹ I dati sono relativi al 2019. Si legga a tal proposito M. SPAZIANTE, *Basket, la Serie A a bilancio: i conti dei club*, in *Calcio&Finanza*, 27 Ottobre 2020, scaricabile nel link: www.calcioefinanza.it/2020/10/27/bilanci-basket-serie-a-ricavi-budget/ (Maggio, 2021).

anche in Eurolega, l'Olimpia Milano. La presenza dei playoff ha certamente favorito il ricambio al vertice, ma nella realtà si è creato un processo di polarizzazione della forza economica. Nel mondo del calcio questo processo potrebbe portare, oltre ad un impoverimento della qualità complessiva del prodotto, anche ad una cristallizzazione dei risultati.

4. Possibili sviluppi futuri del progetto *Super League*

Ad oggi, il progetto *Super League* sembra archiviato. Il dibattito sta lasciando spazio a strascichi giudiziari con la volontà, da parte dell'UEFA, di imporre sanzioni agli ultimi club ribelli (Barcellona, Juventus e Real Madrid) fino alla loro esclusione dalla prossima *Champions League*. Dal punto di vista economico vanno evidenziati due aspetti cruciali. Da un lato archiviare come un semplice «flop» la proposta rischia di far perdere di vista il malessere che lo ha generato: i club europei più forti economicamente non sono soddisfatti di come le risorse generate dalle competizioni di cui sono protagoniste vengono gestite e quindi distribuite. Il secondo aspetto è consequenziale al primo: può essere sufficiente il malessere di una parte del sistema calcio per modificarlo seguendo un modello *Super League*? Per poter rispondere alla domanda occorre approfondire e fare ordine rispetto a quelli che sono, attualmente, i problemi economici del calcio professionistico. Il malcontento dei club che hanno proposto la *Super League* nasce da tre elementi: *i*) i risultati economici sono eccessivamente legati alle performance sportive; *ii*) l'attuale modalità di distribuzione dei ricavi non permette di generare profitti; *iii*) l'esigenza di mantenere elevati standard di competitività e di qualità ha determinato l'aumento di debiti finanziari. Quelli elencati, però, sono solo una parte dei problemi del calcio. Ne esistono altri che riguardano il sistema nella sua generalità: *iv*) è in atto un processo di polarizzazione delle risorse economiche; *v*) è in atto un conseguente processo di cristallizzazione dei risultati; *vi*) il calendario delle competizioni è prossimo se non oltre i livelli di saturazione fisica degli atleti. La proposta della *Super League* può risultare utile, se non addirittura risolutiva, rispetto ai primi tre problemi elencati (*i-iii*), ma rischia di acuire i restanti tre (*iv-vi*). Per far fronte alle problematiche esposte è necessaria, quindi, una visione più ampia dei problemi. La proposta di una lega europea sostitutiva o in concorrenza con la *Champions League* genererebbe una mole di ricavi che potrebbero, temporaneamente, risolvere i problemi di indebitamento di molti dei club proponenti, aprendo anche le porte verso la realizzazione di importanti profitti attraverso i quali mantenere elevato il valore di capitalizzazione degli stessi club. Allo stesso tempo la partecipazione garantita ai club proponenti ridurrebbe il rischio finanziario connesso al mancato raggiungimento di importanti risultati sportivi. La proposta, però, è stata realizzata con un atteggiamento conservativo rispetto alla volontà di partecipare alle rispettive competizioni nazionali. Questo aspetto fa emergere il dubbio che gli stessi club proponenti non volessero affrontare in pieno il rischio di una nuova competizione abbandonando completamente il vecchio schema di competere su più fronti. Cosa

sarebbe successo se la proposta fosse andata a buon fine e l'UEFA avesse comunque organizzato una *Champions League* in concorrenza con la *Super League*? Quale sarebbe stato il valore economico della *Super League* senza le squadre francesi, tedesche e senza alcuni club storici e tradizionalmente vincenti come l'Ajax o il Porto? Che tipo di modello di gestione avrebbero proposto i club della *Super League* per invertire la rotta rispetto al circolo vizioso tra esigenze di essere competitivi e crescita dei costi per acquisire e mantenere il talento? Che tipo di reazione avrebbero avuto i tifosi delle città dei club che hanno portato avanti il progetto? Molto probabilmente la fragilità della proposta, dimostrata dalla rapidità con la quale si è sgonfiata, è proprio legata al fatto che i 12 club non si sono posti queste domande, o meglio sono rimasti spiazzati dalle reazioni delle diverse componenti del sistema calcio, da UEFA e FIFA, dalle Federazioni nazionali, dalle Leghe, dalla classe politica e, infine, dai tifosi. Soprattutto rispetto a questi ultimi la proposta della *Super League* ha avuto il merito di riportare all'interno del dibattito sulla *governance* mondo del calcio alcune componenti che, da tempo, erano state marginalizzate, in particolare i *committed fans*, cioè quella parte di tifosi che frequentano gli stadi e che attribuiscono al calcio un valore che va oltre la sua natura di puro intrattenimento. La pandemia, probabilmente, silenziando gli stadi, ha portato i 12 club proponenti a pensare che il mondo del calcio fosse pronto per affrontare la vera rivoluzione in atto, quella cioè di trasformare lo stesso in puro intrattenimento in luogo della connotazione sportiva, cioè che i fruitori finali della competizione fossero ormai i soli *uncommitted fans*, un pubblico generalmente social e televisivo, che segue le vicende del calcio focalizzandosi sulla qualità e spettacolarità degli stessi.³² La risposta, al contrario, è stata netta e in direzione opposta a quella, probabilmente, auspicata: c'è una consistente parte della domanda di calcio legata ancora ad aspetti di identità territoriale, sportivi, sociali, e una parte della classe dirigente e politica se n'è fatta carico. Come rilevato dalla letteratura economica la componente commerciale è solo uno degli aspetti, seppur rilevante, associabile alla fruizione di un evento sportivo.³³ Sul calcio, come sullo sport in generale, insistono un insieme di ulteriori elementi associati alla sua natura «relazionale» che rendono molto più complesse le valutazioni economiche degli effetti di benessere rispetto alle scelte organizzative e alle politiche adottate. La proposta della *Super League* è stata manchevole proprio su questi aspetti; i 12 club hanno considerato che il lato della domanda fosse ormai pronto a recepire un nuovo modo di intendere il calcio. La risposta è stata negativa; nel calcio gli aspetti identitari, territoriali, di appartenenza ad un club sono ancora molto forti.³⁴

³² S. SZYMANSKI, *Income inequality, competitive balance and attractiveness of team sports: Some evidence and a natural experiment from English soccer*, in *Ec. Jour.*, vol.111, 2001, 69–84.

³³ R. CARUSO, *Il calcio tra mercato, relazioni e coercizione*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, vol.4, n.1, 2008, 71–88.

³⁴ N. ELIAS, E. DUNNING, *Quest for excitement: Sport and leisure in the civilizing process*, Backwell, Oxford, 1986.

Come avvenuto nel passato è molto probabile che il progetto *Super League* sarà ripresentato; assumerà forme organizzative differenti, ma la tentazione per un certo numero di club di strutturare una competizione in proprio è troppo alta perché questa idea non continui ad essere praticata. Il successo o meno della prossima proposta dipenderà da quanto robusto sarà il modello organizzativo e gestionale dello stesso. Affinché sia robusto occorre che i proponenti spieghino:

- a) attraverso quali modelli gestionali sia possibile ridurre il rischio economico associato alla *performance* sportiva, perché è vero che una lega chiusa non apre le porte a delle rovinose retrocessioni, ma è altrettanto vero che una competizione squilibrata ripropone gli stessi rischi in termini di contrazione dei ricavi;
- b) in che modo le risorse attualmente distribuite in procure agli agenti (ad esempio nel 2018 in Serie A sono state pagate procure per un importo pari a 171,5 mln/Euro - di cui il 40% circa dalle tre squadre parte del progetto *Super League* - quasi il 6% dei costi complessivi, ma anche la Premier League non è da meno con 263 mln/£ nel 2019) possano tornare ad essere investite direttamente nel calcio;
- c) come risolvere i problemi legati alla sovrapposizione delle competizioni e alla saturazione dei tempi delle competizioni che stanno portando ad uno stress fisico gli stessi atleti riducendone l'efficienza fisica e aumentandone il rischio di infortuni;³⁵
- d) come trovare il punto di sintesi con le squadre che competono nelle sole competizioni nazionali in termini di polarizzazione dei ricavi;
- e) come tutelare quella componente di bene «pubblico» del calcio professionistico, legata al gettito fiscale da questo prodotto e all'effetto promozionale dell'attività fisica che le stesse competizioni hanno, soprattutto quelle delle squadre nazionali, sull'intera collettività.

Qualunque proposta che ignorasse i contenuti di questi punti e che si focalizzasse sulla sola attitudine della nuova competizione di intercettare le (eventuali) risorse aggiuntive soffrirebbe di una endemica fragilità che la porterebbe a sgonfiarsi come è stato per la *Super League* dei 12.

5. Conclusioni

In questo articolo abbiamo cercato di raccogliere i principali temi del dibattito intorno alla proposta della *Super League* avanzata da 12 club calcistici europei nello scorso mese di aprile. Tali temi hanno toccato soprattutto aspetti economici e finanziari che sembrano essere stati decisivi nella concretizzazione della proposta. Nel pensiero dei proponenti la *Super League* avrebbe rotto lo schema organizzativo per il quale ai club fanno capo i rischi connessi alla loro attività sportiva, rischi ai

³⁵ FIFPRO, KPMG, *Player Workload & Recovery During the Emergency Calendar*, 2021, scaricabile al seguente link <https://footballbenchmark.com/documents/files/public/FIFPRO%20Men's%20Flash%20Report%20-%20FINAL%20-%206%20May%202021.pdf> (Maggio, 2021).

quali non corrisponde una uguale opportunità di avere accesso alle entrate generate dalle competizioni organizzate dall'UEFA. In questo modo la gestione in proprio di una competizione semi «ermetica» avrebbe garantito, contemporaneamente, maggiori entrate associate a una limitazione dei rischi connessi a possibili risultati sportivi negativi. Attraverso questa nuova architettura gli stessi club avrebbero avuto accesso a quelle risorse aggiuntive in grado di abbattere i rispettivi debiti finanziari che, al momento, rappresentano un aspetto in grado di metterne a rischio la solvibilità e quindi la sopravvivenza. La proposta, non nuova nel panorama calcistico europeo ed ampiamente dibattuta dalla letteratura economica, si è rivelata essere fragile, poco coraggiosa, carente di una solida analisi ad ampio spettro nella quale venissero considerate le diverse criticità dell'intero sistema calcio, e non solo quelle dei club più forti economicamente. L'avversione rispetto a tale progetto manifestata da importanti attori del mondo del calcio, in particolare dai tifosi dei club proponenti, dai club nazionali esclusi da tale progetto, dalle Federazioni nazionali e dall'UEFA, e dalla classe politica che si è fatta portatrice di tali posizioni, ha evidenziato la fragilità del progetto, soprattutto in quanto incapace di dare risposta ad alcune problematiche specifiche del sistema calcio quali la polarizzazione delle risorse, la cristallizzazione dei risultati, la dispersione delle risorse verso soggetti estranei al sistema (agenti), e la saturazione delle competizioni. L'idea di una competizione europea «ermetica», chiusa ad una *élite* di club autoreferenziali, sembra tramontata. Non sono però svaniti i problemi dai quali tale proposta ha preso le mosse. Soltanto una seria analisi e, conseguenzialmente, delle riforme in grado di governare i cambiamenti occorsi negli ultimi anni, rendendo compatibili gli aspetti economici, sociali e sportivi del calcio, eviteranno il ripetersi di simili lotte di potere. In caso contrario, come avvenuto nel passato, ci saranno molto presto nuovi tentativi di rottura degli attuali schemi organizzativi che, evidentemente, non sono più in grado di garantire solidità finanziaria e credibilità al sistema nella sua complessità.

Bibliografia

- W. ANDREFF, *Team Sports and Finance*, in W. Andreff, S. Szymansky (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 689-699.
- W. ANDREFF, J. F. BOURG, *Broadcasting Rights and Competition in European Football*, in C. Jeanrenaud, S. Késenne (a cura di), *The Economics of Sport and Media*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 37-70.
- D. BEIDERBECK, N. FREVEL, A. HEIKO, S. L. SCHMIDT, V. M. SCHWEITZER, *The impact of COVID-19 on the European football ecosystem – A Delphi-based scenario analysis*, in *Technological Forecasting and Social Change*, vol.165, 2021, 1-17.
- J. J. BINDER, M. FINDLAY, *The effects of the Bosman ruling on national and club teams in Europe*, in *Journal of Sports Economics*, vol.13, n.2, 2012, 107-129.
- R. CARUSO, *Il calcio tra mercato, relazioni e coercizione*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, vol.4, n.1, 2008, 71-88.
- S. DOBSON, J. GODDARD, *The Economics of Football*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- N. ELIAS, E. DUNNING, *Quest for excitement: Sport and leisure in the civilizing process*, Backwell, Oxford, 1986.
- E. FRANCK, *European Club Football after “Five Treatments” with Financial Fair Play – Time for an Assessment*, in *International Journal of Financial Studies*, vol.6, n.9, 2018, 1-19.
- H. GAMMELSÆTER, *Institutional pluralism and governance in “Commercialized” sport clubs*, in *European Sport Management Quarterly*, vol.10, n.5, 2010, 569-594.
- B. GERRARD, *Competitive Balance and the Sport Media Rights Market: What are the Real Issues?* in C. Jeanrenaud, S. Késenne (a cura di), *The Economics of Sport and Media*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 26-36.
- J. J. GOUGUET, D. PRIMAULT, *Analyse économique du fonctionnement des transferts dans les football professionnel*, in *Revue des Affaires Européennes*, vol. 2001-2002, n.3 2002, 305-323.
- G. GRAVINA, *Il Bilancio d'Esercizio e l'Analisi delle Performance nelle Società Calcistiche Professionistiche*, Franco Angeli, Milano, 2011.
- J. HAMMERSCHMIDT, S. DURST, S. KRAUS, K. PUUMALAINEN, *Professional football clubs and empirical evidence from the COVID-19 crisis: Time for sport entrepreneurship?* in *Technological Forecasting and Social Change*, vol.165, 2021, 1-10.
- T. HOEN, S. SZYMANSKI, *The Americanization of European Football*, in *Economic Policy*, vol. 14, n.28, 1999, 205-233.
- S. KÉSENNE, *The Bosman case and European football*, in W. Andreff, S. Szymansky (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 636-642.
- KPMG, *The European Elite 2021 – Football Club's Valuation: Dribbling around Covid-19*, 2021.
- U. LAGO, *The state of Italian Football Industry*, in W. Andreff, S. Szymansky (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 463-473.
- S. MORROW, *Impression management in football club financial reporting*, in *International Journal of Sport Finance*, vol.1, n.2, 2006, 96-108.

- T. PEETERS, S. SZYMANSKI, *Financial fair play in European football*, in *Economic Policy*, vol.29, n.78, 343-390.
- R. PENN, *Sport e sviluppo economico locale: l'esperienza del calcio inglese*, in N. Bortoletto, B. Mazza (a cura di), *Tempi e Spazi dello Sport – Italia-Inghilterra: modelli a confronto*, Il Piccolo Libro, Teramo, 2006.
- D. PRIMAULT, *European professional basketball in crisis: 1992-2002*, in W. Andreff, S. Szymanski (a cura di), *Handbook of the Economics of Sport*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, 530-541.
- J. J. READE, C. SINGLETON, *European football after COVID-19. A New World Post COVID-19*, in University of Reading Working Paper, 349, 2020, 1-12.
- T. ROBINSON, R. SIMMONS, *Gate-sharing and talent distribution in the English football league*, in *International Journal of the Economics of Business*, vol.21, n.3, 2014, 413-429.
- P. SLOANE, *The Economics of Professional Football: The Football Club as Utility Maximizer*, in *The Scottish Journal of Political Economy*, vol.18, n.2, 1971, 121-146.
- S. SZYMANSKI, R. SMITH, *The English Football Industry: profit, performance and industrial structure*, in *International Review of Applied Economics*, vol.11, n.1, 1997, 135-153.
- S. SZYMANSKI, *Income inequality, competitive balance and attractiveness of team sports: Some evidence and a natural experiment from English soccer*, in *Economic Journal*, vol.111, 2001, 69–84.
- UEFA, *The European Club Footballing Landscape – Club Licensing Benchmarking Report – Financial Year 2018, 2019*.

UNA VICENDA SENZA FINE: IL CASO SCHWAZER

di Renato Grillo*

ABSTRACT: The Author retraces the story concerning the Italian walker Alex Schwazer, Olympic walking champion at the 2008 Beijing Olympics, involved in a long and complex doping affair that culminated in the eight-year disqualification imposed on him by the TAS in Lausanne. The Schwazer saga has recently risen to the headlines for the unexpected developments of the criminal investigation that has particularly affected public opinion. The author analyses in parallel the various procedural phases of the case that characterised the sporting disciplinary and criminal proceedings, underlining the different peculiarities and highlighting the points of possible conflict: a targeted analysis is dedicated to the main point of the decision of the archiving provision in criminal proceedings. This was followed by the indication of possible procedural initiatives and strategies to reach an acceptable solution to the case, highlighting, most recently, the media echoes and the situation of extreme conflict which arose between criminal justice and sporting disciplinary justice, with particular reference to the intransigent positions taken by Wada and World Athletic towards the Italian criminal judge.

Keywords: *Doping – Anti-Doping rules – Sport law – Ordinary law – Sport jurisdiction and ordinary jurisdiction.
Doping – Anti-Doping norme – Diritto dello Sport – Diritto statale/ordinario –
Giurisdizione sportiva – Giurisdizione ordinaria.*

SOMMARIO: Introduzione – 1. Ricostruzione storica della vicenda – 2. Il diverso regime tra il reato di doping e l'illecito di doping in sede sportiva – 3. Le diverse regole del procedimento disciplinare antidoping e del procedimento penale per il reato di doping – 4. Analisi del procedimento di archiviazione e rilievi critici – 5. I passaggi salienti del provvedimento di archiviazione – 6. Le possibili strade da percorrere – 7. Gli echi mediatici e lo scontro politico – 8. Riflessioni conclusive

* Magistrato in pensione, già Consigliere della Corte Suprema di Cassazione – Sezione Penale, ha conseguito il titolo di Dottore di ricerca in “Integrazione europea, diritto sportivo e globalizzazione giuridica” presso l’Università di Palermo ed è stato docente a contratto presso la Facoltà di Scienze Motorie dello stesso Ateneo. Esperto nella materia del diritto sportivo, è autore di numerose pubblicazioni giuridiche, anche monografiche, sulla disciplina di settore, partecipando quale docente a diversi corsi di perfezionamento e/o master in diritto sportivo e partecipando anche a moltissimi convegni sulla materia. È in atto Presidente del Collegio di Garanzia dello Sport presso il Comitato Italiano Paralimpico. E-mail: grillo.renato@virgilio.it.

Introduzione

Il provvedimento con il quale il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Bolzano in data 18 febbraio 2021 ha disposto l'archiviazione nei confronti dell'atleta Alex Schwazer, indagato nel procedimento penale n. 5130/2016 RGNR iscritto a suo carico per il reato di cui all'art. 9 comma 1 della Legge 376/2000 (oggi art. 586 bis c.p.) costituisce l'ultima tappa di una annosissima vicenda processuale la cui parola fine non sembra però essere stata definitivamente scritta.

Prima di analizzare i passaggi salienti del provvedimento giudiziario, sembra utile ripercorrere sia pure a grandi linee i fatti riguardanti l'atleta altoatesino, coinvolto tanto in ambito disciplinare sportivo, quanto in ambito penale.

1. Ricostruzione storica della vicenda

Due le vicende penali che vedono protagonista l'atleta italiano per condotte di doping e tre quelle che lo vedono protagonista in ambito disciplinare sportivo.

Per quanto riguarda il primo punto, tutto ha inizio nel lontano luglio 2012, periodo in cui l'atleta italiano, appartenente al Gruppo Sportivo dell'Arma dei Carabinieri, già sottoposto ad indagini da parte di una Commissione antidoping della WADA per sospetto uso di sostanze dopanti che tuttavia – per mancanza di unanimità da parte dei componenti – non aveva consentito di procedere alla sospensione in via cautelare, venne sottoposto, dopo una ulteriore segnalazione da parte dei Carabinieri del NAS alla WADA nell'ambito di una inchiesta riguardante il Dott. Michele Ferrari,¹ ad una serie di controlli mirati da parte della IAAF,² della stessa WADA e del CIO, disposti a più riprese nell'arco di trenta giorni in modo da accertare se effettivamente lo Schwazer, risultato in continuo contatto in quel periodo con il medico Ferrari, facesse ricorso al doping fuori da possibili controlli.³

Risultato positivo in uno di essi, l'atleta italiano il 6 agosto 2012 veniva sospeso cautelatamente dal Tribunale Nazionale Antidoping, su richiesta della PNA (Procura Nazionale Antidoping).

Dopo l'esito positivo delle controanalisi, il marciatore ammetteva nel corso di una conferenza stampa di essersi dopato. A tale ammissione extraprocedimentale

¹ Si tratta di un medico sportivo che è stato inibito a vita per una serie di vicende di doping riguardanti diversi sportivi entrati in contatto con il sanitario tra i quali il noto ciclista americano Lance Armstrong che ha poi confessato l'assunzione per più anni di doping che ha comportato la sua squalifica e la perdita di tutti i trofei conquistati.

² Acronimo con il quale è indicato l'Organismo *International Association of Athletics Federations* (IAAF) fondato a Berlino il 20 agosto 2013 che si occupa dell'atletica leggera a livello mondiale. In atto tale organismo – che ha sede nel Principato di Monaco, mentre prima aveva sede in Londra – ha cambiato sigla nella attuale *World Athletics* approvata dal congresso della IAAF nel mese di giugno 2019.

³ Solitamente i controlli fuori dalla competizione “a sorpresa” sono disposti con frequenza mensile di guisa che, una volta trascorsa la possibile settimana dedicata ai controlli, in quelle successive è più agevole per un atleta intenzionato a doparsi programmare l'assunzione intervallata di sostanze vietate nella quasi certezza di sfuggire ad altri controlli nell'arco del mese prescelto.

ha fatto seguito, qualche giorno dopo, una perquisizione disposta dal PM presso la Procura della Repubblica di Bolzano eseguita dai carabinieri del NAS di Trento che ha consentito il reperimento di sostanze dopanti conservate nella abitazione dell'atleta.

Sulla base di tali eventi sono stati iniziati due paralleli procedimenti: il primo in sede sportiva dinnanzi alla Procura Nazionale Antidoping e poi al Tribunale Nazionale Antidoping, conclusosi con la sentenza del predetto Organo di giustizia del 23 aprile 2013 con la quale lo Schwazer è stato ritenuto responsabile delle violazioni di cui agli artt. 2.1 (presenza di sostanze dopanti nel corpo dell'atleta), 2.2 (uso di sostanza vietata), 2.6 (possesso di sostanza vietata) e 2.10 (associazione con soggetti inibiti) e per valori anomali nel "passaporto biologico" e per l'effetto, squalificato con decorrenza 30 luglio 2012 e fino al 29 gennaio 2016 per la durata di anni tre e mesi sei, in luogo dei quattro anni richiesti dalla PNA (pena attenuata per la sua parziale collaborazione in relazione a fatti di doping coinvolgenti atleti terzi).

Il secondo procedimento, in sede penale, per il reato di cui all'art. 9 comma 1 della Legge 376/2000 (assunzione di sostanze dopanti) si concludeva invece con una richiesta concordata ex art. 444 cod. proc. pen. di applicazione della pena su richiesta delle parti, accolta dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Bolzano con sentenza n. 465/2014 del 22 dicembre 2014 per plurimi reati di cui agli artt. 81 cpv. c.p. e 9 comma 1 della Legge 376/2000 commessi tra il 2010 e il 2012, con la quale è stata applicata allo Schwazer, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche ed unificati tutti i reati sotto il vincolo della continuazione, la pena complessiva, diminuita per il rito prescelto, di mesi otto di reclusione ed Euro 6.000,00 di multa condizionalmente sospesa, mentre veniva dichiarato non doversi procedere a carico dello stesso Schwazer in ordine ad analoghi reati commessi nel 2008 in quanto prescritti.

Mentre la vicenda penale riguardante le condotte di doping poste in essere tra il 2010 e il 2012 si concludeva in modo definitivo, con l'allontanamento anche dall'Arma dei Carabinieri di cui l'atleta faceva parte, la vicenda sportiva definita dal TNA con la ricordata sentenza del 23 aprile 2013 aveva un ulteriore seguito per effetto di altra sentenza del TNA del 12 febbraio 2015 che riconosceva l'atleta responsabile della violazione dell'art. 2.3 del Codice WADA (elusione dai controlli antidoping), squalificandolo per ulteriori tre mesi (in luogo dei sei richiesti dalla Procura Antidoping) fino al 29 aprile 2016 in relazione ad un episodio di sottrazione ad un controllo del 30 luglio 2012.⁴

⁴ Si tratta della vicenda che ha visto a suo tempo coinvolta l'ex fidanzata dell'atleta, la nota pattinatrice Carolina Kostner a sua volta squalificata inizialmente per la durata di mesi 16 (poi portati a 21 con retrodatazione della sanzione) per violazione dell'art. 2.9 (favoreggiamento e complicità) e 10.3.4 del Codice Wada, in quanto aveva sostenuto dinnanzi alla Procura Antidoping che in occasione di un controllo eseguito presso la propria abitazione di Obertsdorf, il 30 luglio del 2012, il suo fidanzato non si trovava con lei ma altrove.

Il peggior comportamento del marciatore ha poi indotto sia la IAAF che NADO Italia⁵ ad intensificare i controlli a sorpresa tra il 2012 e il 2015 fino al faticoso controllo dell'1 gennaio 2016 che ha dato luogo alla seconda, e ben più complessa, vicenda giudiziaria tanto in ambito disciplinare sportivo quanto in ambito penale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, a seguito del controllo fuori competizione dell'1 gennaio 2016, l'atleta risultava positivo al testosterone: ne nasceva un procedimento disciplinare nell'ambito del quale però lo Schwazer, a differenza di quanto accaduto in occasione del controllo del 2012 che aveva visto la sua piena ammissione di responsabilità, contestava gli esiti evidenziando una serie di irregolarità nella catena di custodia dei campioni prelevati e soprattutto, una presunta violazione dell'anonimato dei campioni e l'eccessiva ed anomala estensione temporale dell'iter che aveva portato all'accertamento della positività, in quanto, rispetto alla data del primo prelievo (1 gennaio 2016), erano trascorsi quasi sei mesi rispetto alla data di comunicazione della positività, periodo giudicato eccessivamente esteso. Le anomalie anche di ordine temporale segnalate dall'atleta e dal suo difensore sono al centro anche della indagine penale scaturita sempre dal controllo dell'1 gennaio 2016 che ha dato luogo al procedimento iscritto presso la Procura della Repubblica di Bolzano al n. 5130/2016 RGNR di cui si dirà a breve.

Dalla ricostruzione dei fatti risultante anche dal testo del provvedimento del Giudice per le Indagini preliminari del Tribunale di Bolzano emerge che, dopo il prelievo dell'1 gennaio 2016 a casa dell'atleta, il campione delle urine numerato con apposito codice numerico (n. 3959325) onde assicurare l'anonimato venne trasportato a Stoccarda, sede degli Uffici della società che aveva effettuato il prelievo lo stesso giorno ed il giorno dopo ritrasferito a Colonia presso il laboratorio accreditato dalla WADA per i controlli di *routine*.

Dopo un primo controllo eseguito il 15 gennaio e risultato negativo, il campione è stato congelato come da prassi per eventuali analisi future.

Nel febbraio del 2016, dopo la certificazione dei risultati delle analisi quantitative (volte ad accertare la quantità di sostanza presente nel campione oggetto di prelievo), i dati sono stati inseriti nel passaporto biologico steroideo dell'atleta, evidenziando alcune anomalie rispetto a controlli precedenti che hanno indotto la Direzione del laboratorio avente sede in Montreal (sede anche della WADA) a disporre controlli più specifici sul campione, protrattisi a causa della complessa procedura di accertamento con il sistema IRMS (indagine spettrometrica di massa isotopica) dal 28 marzo (data iniziale del controllo richiesto dal laboratorio di Montreal) fino al 21 aprile per il primo test e al 12 maggio per il secondo test.

Accertata presso il Laboratorio di Colonia in data 19 aprile 2016 la positività del campione, dopo l'effettuazione della seconda analisi del campione B in data 5 luglio 2016, la IAAF, preso atto del risultato, ha sospeso cautelatamente lo Schwazer con decorrenza 8 luglio 2016.

⁵ L'organismo antidoping operante in ambito nazionale.

L'atleta ha richiesto in data 11 luglio 2016 alla Seconda Sezione del TNA di NADO-Italia la celebrazione di un giudizio immediato volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento cautelare irrogatogli dalla IAAF: tale richiesta è stata tuttavia dichiarata inammissibile dall'organo di giustizia antidoping nazionale ritenutosi incompetente, per essere invece competente la stessa IAAF (che aveva a suo tempo disposto la sospensione) o, in alternativa, il TAS di Losanna per un esame del merito laddove l'atleta avesse deciso di rivolgersi all'Organo arbitrale internazionale.⁶

L'atleta ha optato per una istanza di sospensione avanzata al TAS di Losanna che, pur respingendola perché infondata, ha offerto però al tesserato l'opportunità di celebrare un giudizio accelerato – sotto forma di giudizio abbreviato concordato tra le parti – sul merito. In tal modo, lo Schwazer ha accettato che il suo caso venisse celebrato in unica istanza dinanzi al TAS, rinunciando così al grado di giustizia dinanzi al TNA, il quale si era anch'esso dichiarato disponibile per effettuare una procedura accelerata.

A seguito di instaurazione del giudizio abbreviato richiesto dallo Schwazer il 20 luglio 2016, l'Organo arbitrale, chiamato a pronunciarsi sulle varie doglianze mosse dall'atleta italiano in merito alle numerose anomalie ed inesplicabili lungaggini a suo dire riscontrabili nella procedura di analisi del campione, all'esito del giudizio, con lodo pronunciato l'11 agosto 2016, (la cui motivazione è stata depositata soltanto in data 30 gennaio 2017) ha irrogato allo Schwazer la squalifica per la durata di otto anni, trattandosi di seconda violazione del codice Wada in conformità a quanto previsto dall'art. 10.7 del Codice Mondiale Antidoping.

L'atleta italiano, nel frattempo sottoposto ad indagini penali in ordine al medesimo fatto, per violazione dell'art. 9 comma 1 della legge 376/2000 (fatto commesso l'1 gennaio 2016), sulla base di alcune risultanze emerse dalla perizia espletata in sede penale nel corso del procedimento a suo carico pendente presso la Procura della Repubblica di Bolzano, si è rivolto al Tribunale Federale Elvetico con istanza del 4 dicembre 2019, chiedendo, previa sospensione da disporsi in via cautelare, l'annullamento del lodo con rinvio della causa al Tribunale Arbitrale in conformità alle disposizioni normative proprie del Tribunale Federale.

A sostegno della domanda di revisione del lodo l'atleta ribadiva la teoria del sabotaggio già sostenuta nell'ambito del procedimento penale a suo carico, ancora pendente in fase di indagini preliminari, reiterando la tesi della manipolazione risultante dagli atti del procedimento ed in particolare, dalla perizia genetico-forense redatta in quella sede che aveva anche evidenziato una anomala concentrazione del DNA constatata nel reperto, risultata superiore dalle 20 alle 50 volte rispetto a

⁶ In effetti, come emerge dal comunicato stampa diramato dal TNA di NADO ITALIA del 12 luglio 2016, alla luce del codice WADA e delle Regole procedurali della IAAF, il provvedimento di sospensione cautelare può essere impugnato dinanzi alla IAAF o al TAS di Losanna, a condizione che l'atleta interessato dimostri che la violazione è probabile conseguenza dell'assunzione di un prodotto contaminato, mentre nessuna competenza in tema di sospensione cautelare è prevista per il TNA cui l'atleta può rivolgersi soltanto per il giudizio di merito, che però l'atleta ha ritenuto di non coltivare in Italia.

quella riscontrata negli altri campioni, tanto da indurre il perito ad escludere che ciò fosse frutto di un processo naturale, dovendosi invece ritenere più che probabile che si fosse trattato di un processo artificiale di concentrazione tramite riscaldamento non avvenuto in via accidentale ma per effetto di una manipolazione.⁷

Respinta, con provvedimento *inaudita altera parte* del 6 dicembre 2019, l'istanza cautelare di sospensione del lodo, il giudizio di revisione proseguiva nel merito dinnanzi al Tribunale Federale che, con sentenza del 17 marzo 2020 rigettava il ricorso ritenendo indimostrata la tesi adombrata dal ricorrente e rilevando peraltro che la tesi della manipolazione non rappresentava un mezzo di prova nuovo, che ben avrebbe potuto prodursi in occasione del giudizio dinnanzi al TAS di Losanna, con conseguente carenza dei presupposti di legge – secondo il diritto processuale civile svizzero – per proporre la domanda di revisione.

Fin qui dunque il percorso seguito dall'atleta in ambito disciplinare sportivo.

Il parallelo procedimento penale istruito dalla competente Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano è stato oggetto invece di una richiesta di archiviazione formulata, all'esito delle indagini preliminari, dal Pubblico Ministero per insostenibilità dell'accusa in giudizio. Gli elementi che hanno indotto il PM ad orientarsi in questo senso poggiano su due ordini di idee: a) una sola assunzione di testosterone a bassissimo dosaggio per via orale, ritenuta insufficiente ai fini del rinvio a giudizio in assenza di altri elementi che potessero confermare il reato sul piano fattuale, tenuto anche conto che ben altri undici controlli effettuati tutti fuori dalle competizioni sono risultati negativi; b) l'esistenza di alcuni elementi definiti di "opacità", in ordine all'anonimato della provetta; alla quantità di urina superiore a quella dichiarata risultata presente nel laboratorio di Colonia e infine all'anomala concentrazione del DNA, che tuttavia lascia irrisolti i dubbi. Viene invece esclusa la tesi della manipolazione dei campioni di urina in quanto non confortata da elementi concreti sul piano fattuale e basata piuttosto su base ipotetica o congetturale. Da qui la richiesta di archiviazione per insostenibilità dell'accusa in giudizio.

Ciò forse potrebbe spiegare le ragioni della mancata opposizione alla richiesta di archiviazione da parte di WADA e IAAF visto che nessun giudizio negativo è stato espresso dal P.M. sul loro operato.

La richiesta di archiviazione datata 26 novembre 2020 veniva depositata dal PM all'Ufficio del Giudice per le Indagini preliminari del Tribunale di Bolzano il 28 dicembre 2020 e accolta in data 18 febbraio 2021 con ordinanza di archiviazione di pari data con la quale il GIP disponeva l'archiviazione nei confronti dello Schwazer in ordine al reato ipotizzato di cui all'art. 9 della L. 376/2000 (ricodificato nelle more all'interno del codice penale nell'art. 586 bis per effetto del

⁷ Nel decreto di archiviazione del GIP, una volta esclusa l'anomala concentrazione di DNA per effetto di una qualche patologia affliggente lo Schwazer, ovvero per cause naturali (vds. pagg. 11-12 del decreto di archiviazione), viene affermata con elevatissimo grado di probabilità la tesi della manipolazione attraverso un processo di riscaldamento/evaporazione) con aggiunta nel reperto contenente il DNA dell'atleta italiano, di DNA di provenienza di un terzo assuntore di doping, che poi sarebbe stata cancellata (pag. 14-15 del decreto di archiviazione).

D. lgs. 21/2018) per non avere commesso il fatto e contestualmente disponeva la restituzione degli atti al P.M. in sede per le sue valutazioni di competenza in ordine agli eventuali reati di falsità ideologica, frode processuale e diffamazione e di altre possibili fattispecie evidenziabili dagli atti del procedimento.

Così ricostruita la seconda vicenda originata dal controllo dell'1 gennaio 2016 sotto il duplice profilo disciplinare sportivo e penale, va subito detto che essa si pone in continuità storica rispetto alla prima vicenda definita dal Tribunale Nazionale Antidoping del 23 aprile 2013, nel senso che lo Schwazer, finito nel mirino degli organi accertatori della IAAF, del WADA e del CIO per le condotte del 2012 e per l'elusione del controllo antidoping del 30 luglio 2012, era soggetto esposto a sospetti di ricorso al doping proprio a causa delle modalità con le quali aveva posto in essere la prima condotta illecita.

Da qui quella serie di controlli a sorpresa fuori competizione (essendo nel frattempo l'atleta sospeso da ogni attività) eseguiti ad intervalli tra il 2012 e l'1 gennaio 2016, data nella quale si verifica il fatto che ha dato luogo alla ulteriore squalifica per otto anni sotto il profilo sportivo e al nuovo procedimento penale, definito invece con il provvedimento di archiviazione del GIP del Tribunale di Bolzano del 18 febbraio 2021 che si pone in netto contrasto con la decisione del TAS di Losanna dell'1 agosto 2016.

Come riportato dai principali organi di informazione e dalla stampa specializzata sia ordinaria che sportiva, la decisione adottata dal giudice penale ha dato luogo ad una ridda di polemiche determinate, per un verso, dai contenuti della decisione stessa che smentiscono clamorosamente le risultanze acquisite dall'organo arbitrale internazionale e, per altro – e più delicato – verso, dalle reazioni virulente sia dalla IAAF (ora World Athletics) che della WADA nei confronti del provvedimento giudiziario giudicato diffamatorio ed oltraggioso oltre che sconcertante per le affermazioni ivi contenute, tanto da indurre i due organismi sportivi a riservarsi iniziative giudiziarie di carattere penale – e non solo – nei confronti dell'autorità giudiziaria italiana.

2. *Il diverso regime tra il reato di doping e l'illecito di doping in sede sportiva*

Le due realtà giudiziarie sportiva e penale costituiscono lo specchio fedele delle profonde diversità che caratterizzano il procedimento penale sportivo rispetto a quello penale, diversità non solo di natura processuale ma anche sostanziale se è vero – come lo è – che alcune violazioni commesse dall'atleta italiano in materia di doping, sia in occasione del primo controllo dell'agosto 2012, sia in occasione di altro controllo risalente al 2016 passibili di sanzione sportiva per violazione del codice WADA, non trovano riscontro nel nostro codice penale.

Si ritiene utile in tal senso esporre per sommi capi tali differenze che valgono anche a spiegare le ragioni che hanno poi portato alla decisione in sede penale del tutto difforme da quella in sede arbitrale in relazione al medesimo fatto storico.

In ambito penale lo Schwazer è stato chiamato a rispondere, una prima volta, del reato di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 9 della legge 376/2000 (la cd. "Legge Melandri" dal nome del Ministro dello sport e delle Politiche giovanili dell'epoca) per i fatti commessi tra il 2010 e il 2012 e, una seconda volta, del reato di cui all'art. 9 comma 1 della medesima legge per il fatto commesso nel 2016.

Si legge, in riferimento al primo dei due procedimenti, di condotte poste in essere tra il marzo 2010 e il 30 luglio 2012 per assunzione di sostanze dopanti e per sottoposizione a pratiche mediche vietate non giustificate da condizioni patologiche e idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le proprie prestazioni agonistiche.

Tale contestazione, seguita da altra ricompresa nel medesimo procedimento per analogo reato coperto in parte da prescrizione per i fatti commessi nel 2008, trova il suo riferimento normativo nell'art. 9 commi 1 e 2 della L. 376/2000 che così rispettivamente dispongono:

1. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da lire 5 milioni a lire 100 milioni chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste all'articolo 2, comma 1, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.*

2. *La pena di cui al comma 1 si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste all'articolo 2, comma 1, non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.*

La condotta posta in essere l'1 gennaio 2016 riguarda invece esclusivamente la violazione del 1° comma dell'art. 9, in quanto ricollegata all'assunzione di sostanze dopanti (la norma violata è oggi sostituita – come si legge nella contestazione di cui al provvedimento di archiviazione del GIP – dall'art. 586 bis c.p. che tuttavia trova applicazione solo per le condotte commesse a far data dal 6 aprile 2018 anche se si pone in continuità normativa rispetto al cennato art. 9 della Legge 376/2000).

Gli stessi fatti storici ascritti allo Schwazer rispettivamente nel 2012 e nel 2016 trovano riferimento, in ambito disciplinare sportivo, nelle norme del codice mondiale WADA e prevedono invece una serie di condotte indicate ai punti 2.1 (presenza di sostanze dopanti nel corpo dell'atleta), 2.2 (uso di sostanza vietata), 2.6 (possesso di sostanza vietata), 2.10 (associazione con soggetti inibiti) e 2.3 (elusione di un controllo antidoping) per quanto riguarda quelle risalenti al 2012 e ai punti 2.1, 2.2 e 2.6 per quelle risalenti al gennaio 2016.

Dal raffronto tra le condotte previste dalla norma penale e quelle previste dalla norma sportiva risulta evidente la configurabilità in ambito sportivo di condotte non previste come reato in ambito penale: in particolare ci si vuol riferire alle condotte di cui ai punti 2.3, 2.6 e 2.10 che non trovano alcun riscontro nella disposizione penale la quale sanziona solo condotte di uso di sostanze dopanti ovvero di ricorso a pratiche mediche vietate, laddove la norma sportiva punisce anche altri tipi di condotte in aggiunta a quella di uso della sostanza vietata (punto.2.2) coincidente – sotto l’aspetto sanzionatorio – con la disposizione del codice WADA.

Tanto basta ad affermare la maggiore severità di questo codice rispetto a quello penale, avvalorata anche dalla ulteriore condotta di elusione dal controllo a suo tempo contestata all’atleta ed oggetto di un separato procedimento disciplinare conclusosi con l’ulteriore squalifica di tre mesi per violazione dell’art. 2.3 del codice WADA che, come accennato, non trova alcuna corrispondenza con analoghe norme penali.

3. *Le diverse regole del procedimento disciplinare antidoping e del procedimento penale per il reato di doping*

Ma, a parte tali differenze di ordine sostanziale, a caratterizzare le profonde discrepanze tra il sistema processuale penale e quello sportivo sono i criteri di accertamento dei fatti ai fini della affermazione della responsabilità; le modalità di definizione dei due procedimenti; i rimedi impugnatori ed i rapporti intercorrenti tra l’ordinamento processuale penale e quello sportivo.⁸

Per quanto attiene al genere di responsabilità per fatti di doping in ambito penale, deve trattarsi di condotte dolose poste in essere dall’autore del fatto, laddove, in ambito disciplinare sportivo, la responsabilità può insorgere anche per condotte colpose (non previste in ambito penale) ovvero ancora per responsabilità oggettiva o senza colpa che va sotto il nome di *strict liability* (quantomeno per la perdita del risultato sportivo).

Ne consegue che, a fronte di una responsabilità di natura dolosa propria del nostro diritto penale, nel codice WADA l’elemento soggettivo necessario ai fini della punibilità viene visto in modo diverso, tanto è vero che può frequentemente accadere che un atleta venga assoggettato ad una sanzione sportiva e contemporaneamente assolto in ambito penale: tipico il caso di chi sia stato squalificato per tentato uso di sostanze dopanti, fattispecie che non trova riscontro

⁸ In dottrina si veda a proposito delle peculiarità del procedimento penale per il reato di doping e del procedimento disciplinare sportivo antidoping C. RAVERA, *La nozione di doping alla luce della L. n. 376/2000* in *Diritto dello Sport: profili penali* a cura di A. Guardamagna, Milano 2009, Cap. IX, 148 in nota; più recentemente nello stesso senso, R. CARMINA, *Appunti e considerazioni critiche sul doping nella sua duplice dimensione penalistica e disciplinare* in *Riv. Dir. Ec. Sport*, vol. 10, n. 3, 2014, 66 e ss.; E. LUBRANO – L. MUSUMARRA, *Diritto dello Sport*, Parte IV, capitolo 2°, 376 e ss.; Ed. Discendo Agitur 2017; L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello Sport – Sistema penale e sport ufficiale: soggetti, mezzi, fenomeni patologici*, Ed. La Tribuna 2019, 686 e ss.; P. GRILLO-R. GRILLO, *Diritto penale dello Sport*, 142 e ss. Ed. Giuffrè, 2019.

in ambito penale; oppure quello in cui l'atleta venga trovato in possesso di sostanza dopante, inidonea, in ambito penale ad alterare le prestazioni agonistiche dell'atleta;⁹ oppure ancora il caso dell'atleta che abbia eluso i controlli,¹⁰ ovvero che si sia rifiutato di sottoporsi ai controlli.¹¹

Quanto alla responsabilità oggettiva, pressoché sconosciuta nel nostro sistema penale, quella prevista dal legislatore sportivo in tema di doping è stata al centro di numerose critiche soprattutto in tutti quei casi nei quali l'atleta abbia assunto sostanze vietate seguendo i consigli del medico sportivo ovvero in caso di errore del farmacista nella consegna del farmaco da banco, ovvero nel caso, tutt'altro che infrequente, di assunzione di sostanza ritenuta lecita.

Quanto ai criteri che regolano la ricerca della responsabilità, mentre – come è noto – il sistema penale si fonda sul principio accusatorio, per cui è onere della Pubblica Accusa provare il fatto illecito penalmente rilevante e la colpevolezza dell'indagato-imputato va dimostrata oltre ogni ragionevole dubbio, con la conseguenza che non è concepibile il principio di responsabilità senza colpa, nel sistema sportivo la responsabilità incolpevole è una forma consentita di responsabilità.

Ma è soprattutto il diverso *standard* probatorio necessario ai fini dell'accertamento della responsabilità che è profondamente diverso nei due sistemi, ricordandosi che, mentre in ambito penale il grado di prova necessario per addivenire ad una pronuncia di condanna è ispirato alla regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", nel sistema disciplinare sportivo va ricordato che, per principio costantemente affermato dal Collegio di Garanzia dello Sport presso il CONI, il grado di prova richiesto per poter ritenere sussistente una violazione deve essere superiore alla semplice valutazione della probabilità, ma inferiore alla esclusione di ogni ragionevole dubbio, sicché deve ritenersi adeguato un grado inferiore di

⁹ Da segnalare al riguardo il caso del nuotatore Filippo Magnini, squalificato in ambito sportivo sia in primo che in secondo grado dal TNA per tentato uso di sostanze dopanti (anche se va sottolineato che il TAS di Losanna, con sentenza inappellabile del 27 febbraio 2021, ha definitivamente assolto l'atleta da ogni accusa avendo ritenuto non sufficienti ed inequivoci gli indizi a suo carico), ma prosciolto in sede penale per insussistenza del fatto vista l'inconfigurabilità del tentativo punibile in ambito penale; ancora, il caso del maratoneta Alberico De Cecco sanzionato perché trovato positivo all'EPO a seguito di un controllo antidoping al termine della gara "Campionati Italiani Assoluti di Maratona d'Italia del 12 ottobre 2008 ed assolto invece dal Tribunale di Pescara per insussistenza del fatto, stante la mancanza di prova in ordine alla idoneità dell'EPO ad alterare i risultati agonistici nei campionati italiani.

¹⁰ È il caso oggetto del presente lavoro riferito alla condotta posta in essere dallo Schwazer il 30 luglio 2012 in violazione dell'art. 2.3 del Codice mondiale WADA In ambito penale l'atleta italiano relativamente a tale condotta non è stato perseguito, né avrebbe potuto esserlo per la mancanza della norma incriminatrice.

¹¹ È questo il caso dell'atleta Maurizio Carta (triathlon) già squalificato per doping autogeno nel 2005, e successivamente squalificato per quattro anni (dal 2016 al 2020) per essersi rifiutato di sottoporsi ad un prelievo di sangue al fine di verificare eventuale uso di sostanze dopanti; nessuna conseguenza, però, sul piano penale, in quanto il rifiuto di sottoposizione ad indagini antidoping non è penalmente sanzionato a norma dell'art. 9 della legge 376/2000 né a norma di altre disposizioni.

certezza, ottenuto sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, in modo tale da acquisire un ragionevole affidamento in ordine alla commissione dell'illecito.¹²

Ancora più rigida la disciplina in tema di *standard* probatorio nel procedimento antidoping come emerge peraltro dall'art.23 del Regolamento sportivo antidoping, in cui è esplicitamente previsto che il grado di prova richiesto deve essere comunque superiore alla semplice valutazione delle probabilità, ma inferiore all'esclusione di ogni ragionevole dubbio: si tratta di un criterio interpretativo diverso da quello adoperato nell'ordinamento statale, il cui fondamento risiede nella duplice esigenza di tutela della regolarità della competizione sportiva e della salute che giustificano l'abbassamento del livello delle prove non affidato a regole probabilistiche.¹³

Altra peculiarità del procedimento disciplinare antidoping è costituita dai limiti di applicabilità e/o efficacia del giudizio ordinario (penale o civile) nel procedimento disciplinare.

Scorrendo infatti le varie disposizioni processuali che regolano il processo sportivo antidoping, non esiste alcuna norma che si occupa degli effetti del giudizio ordinario sul giudizio disciplinare sportivo, costituendo quindi il sistema processuale antidoping un vero e proprio sistema chiuso.

Premesso che ai sensi dell'art. 1 comma 4 del vigente Codice di giustizia sportiva del CONI, quest'ultimo non trova applicazione per i procedimenti disciplinari riguardanti la violazione del regolamento antidoping, va evidenziato che l'art. 39 del CGS intitolato "*Efficacia della sentenza dell'autorità giudiziaria nei giudizi disciplinari*" prevede, al primo comma, l'efficacia di giudicato dinnanzi agli organi

¹² In questo senso si richiamano le decisioni delle Sezioni Unite del Collegio di Garanzia dello Sport 10 febbraio 2016 n. 6; 2 agosto 2016 n. 34; Sez. 4^a 20 ottobre 2016 n. 50 e più di recente S.U. 1 ottobre 2018 n. 63 in cui si afferma che «la ragionevole certezza in ordine alla commissione dell'illecito può essere anche provata mediante indizi, qualora essi siano gravi, precisi e concordanti» e da ultimo, Sez. 1^a 3 marzo 2021 n. 23 in cui si precisa che «il giudizio di colpevolezza nell'ordinamento sportivo non deve raggiungere il grado di certezza previsto dal principio "al di là di ogni ragionevole dubbio", ma deve essere comunque assistito da indizi gravi, precisi e concordanti, tali da condurre ad un univoco contesto dimostrativo di elevatissima probabilità.....», concetto assai vicino alle regole di giudizio proprie del diritto penale.

¹³ P. SANDULLI, *Il giudizio per la repressione del doping in Italia. Il sistema e le problematiche*, in *Rass. Dir. Ec. Sport*, 2017, Vol. 12, Fasc. 2, 615 e ss. In giurisprudenza, Tribunale Nazionale Antidoping, 2^a Sezione 28 gennaio 2016 n. 41/2015; v. più di recente, Court of Arbitration for Sport – Tribunal Arbitral du Sport (CAS-TAS) 10 gennaio 2020, in cui si ribadisce il principio che al fine di stabilire una violazione della normativa antidoping, non è necessario raggiungere un livello di assoluta certezza in merito al comportamento dell'atleta, né tantomeno che venga osservato il principio della prova oltre ogni ragionevole dubbio, ribadendosi la regola ermeneutica che il livello di prova deve quindi essere maggiore di un semplice equilibrio delle probabilità, ma inferiore alla prova oltre ogni ragionevole dubbio, sicché può essere considerato sufficiente che il Collegio Arbitrale raggiunga un livello di "confortevole convincimento" in merito ai fatti oggetto di esame (c.d. *comfortable satisfaction*) un grado di prova cioè più attenuato rispetto a quello tipico del processo penale italiano, dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", che si sostanzia nel principio del "più probabile che non", tipico dell'ordinamento sportivo.

di giustizia sportiva nel giudizio disciplinare della sentenza penale irrevocabile di condanna, anche quando non pronunciata in seguito a dibattimento, «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso» (efficacia analoga è prevista al comma 2 per la sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.) e al terzo comma analoga efficacia nel caso inverso di sentenza penale irrevocabile di assoluzione dell'imputato, pronunciata in seguito a dibattimento, «quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, ferma restando l'autonomia dell'ordinamento sportivo nella definizione della fattispecie e nella qualificazione del fatto».

Si tratta di disposizioni desunte dall'art. 653 c.p.p. che sono state poi traslate nel procedimento ordinario disciplinare regolato dal Codice di Giustizia Sportiva del CONI.

Questo particolare meccanismo di interferenza del sistema giudiziale penale nel procedimento disciplinare sportivo, affermato in qualche caso dagli Organi di giustizia sportiva,¹⁴ non è previsto nel processo sportivo antidoping, valendo invece una regola generale di irrilevanza assoluta della decisione di una autorità statale rispetto ad una decisione assunta in ambito disciplinare in ossequio al principio della totale autonomia dell'ordinamento sportivo – e di quello antidoping in particolare – rispetto a quello statale.

Quanto sin qui detto vale a giustificare il contrasto venutosi a creare nella vicenda riguardante l'atleta Schwazer tra la sentenza disciplinare del TAS e il provvedimento di archiviazione emesso dal GIP del Tribunale di Bolzano, sul quale però è bene soffermarsi in via preventiva per alcune doverose puntualizzazioni.

4. *Analisi del procedimento di archiviazione e rilievi critici*

Anzitutto sorprende non poco la terminologia inconsueta adoperata dal Giudice per qualificare il suo provvedimento, denominato improvvidamente “ordinanza” laddove il codice processuale indica il provvedimento definitorio di archiviazione del GIP come decreto e non come ordinanza.

Il nostro codice processuale penale regola la materia dell'archiviazione negli artt. 408-415 c.p.p., come recentemente modificati per effetto della Legge n. 103 del 23 giugno 2017 (cd. “Riforma Orlando”): in nessuna parte del codice processuale si parla di ordinanza di archiviazione, bensì di decreto, unico provvedimento che il giudice è tenuto ad emettere una volta condivisa la richiesta di archiviazione, in assenza di opposizioni da parte delle persone offese, previa effettuazione delle sue valutazioni sulla infondatezza della *notitia criminis* e/o sulla insostenibilità della accusa in giudizio, in totale autonomia di giudizio rispetto alle argomentazioni del Pubblico Ministero richiedente.

¹⁴ Collegio di garanzia dello Sport presso il CONI – 2^a Sezione, 11 dicembre 2015 n. 67.

Detto questo, va aggiunto che, per sua intrinseca natura, il decreto di archiviazione non può essere equiparato ad una sentenza irrevocabile di proscioglimento: in questo senso può ben dirsi che le notizie diffuse dalla stampa sulla assoluzione dell'atleta sono del tutto errate sotto l'aspetto giuridico, in quanto la pronuncia assolutoria consegue sempre ad una sentenza e non ad un decreto di archiviazione, oltre a risultare fuorvianti per l'opinione pubblica.

Che sia così lo prova il fatto che il decreto è suscettibile – se del caso – di essere revocato a seguito della riapertura delle indagini disposte dal GIP su richiesta del Pubblico Ministero così come disposto nel comma 1 dell'art. 414 c.p.p.¹⁵

Sotto altro profilo, è stato chiarito, sempre dalla giurisprudenza di legittimità, che il provvedimento di archiviazione ha natura di provvedimento “neutro” avverso il quale non sono previsti mezzi di impugnazione se non il ricorso per cassazione connesso all'eventuale abnormità del decreto di archiviazione qualora il provvedimento sia caratterizzato da vizi *in procedendo* o *in iudicando* del tutto imprevedibili per il legislatore che non ha contemplato per esso alcun mezzo d'impugnazione.¹⁶

La particolare natura del decreto di archiviazione, e soprattutto la sua non equiparabilità alle sentenze di assoluzione, fa sì che le disposizioni di cui all'art. 653 c.p.p. riguardanti l'efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio disciplinare non sono applicabili nel caso in cui la responsabilità dell'indagato sia stata esclusa da un decreto di archiviazione: infatti, come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il decreto di archiviazione emesso dal giudice penale non ha autorità di cosa giudicata nel giudizio disciplinare, non essendo equiparabile ad una sentenza definitiva di assoluzione per insussistenza del fatto o per non averlo l'imputato commesso.¹⁷

Va aggiunto che l'art. 39 comma 3 del Codice di Giustizia sportiva del CONI contiene una disposizione assimilabile all'art. 653 c.p.p. che tuttavia non vale per i procedimenti disciplinari in materia antidoping, restando ovviamente

¹⁵ Tra le tante Cass. Pen. Sez. II 15 maggio 2019 n. 37479; Cass. Pen. Sez. V 22 settembre 2005 n. 45725; Cass. Pen. Sez. VI 12 maggio 1996 n. 8511.

¹⁶ Cass. Pen. Sez. I 23 febbraio 1999 n. 1560; conforme Cass. Pen. Sez. III 17 novembre 2015 n. 818. Si tratta tuttavia di pronunce antecedenti alla riforma intervenuta con la legge 103/17 che ha introdotto l'art. 410 bis c.p.p. il quale consente oggi di impugnare il decreto di archiviazione nullo per vizi di tipo procedurale attraverso l'istituto del reclamo, sostitutivo del ricorso per cassazione previsto dall'art. 409, co. 6 c.p.p., disposizione contestualmente abrogata. In particolare il reclamo è ammesso nei soli casi di nullità del decreto di archiviazione previsti dall'art 127 co 5 cod. proc. pen. vale a dire nei soli casi di mancato rispetto delle regole poste a garanzia del contraddittorio formale, non potendo trovare ingresso censure attinenti al cd. “£contraddittorio sostanziale” riguardanti la valutazione del giudice circa la configurabilità del reato prospettato nella condotta dell'indagato (in termini Cass. Pen. Sez. VI 6 marzo 2018 n. 18847; conforme da ultimo Cass. Pen. Sez. VII 12 febbraio 2020 n. 6685).

¹⁷ Cass. Sez. Lav. 28 maggio 2015 n. 11056 non massimata; conforme Cass. Sez. Un. Civ. 12 giugno 2017 n. 14551; più di recente Cass. Sez. Un. Civ. 3 novembre 2020 n. 24378; v. anche negli stessi termini TAR Campania Sez. Salerno Sez. I, 7 gennaio 2013 n. 1.

impregiudicata la possibilità per il giudice sportivo, anche in materia antidoping, di valutare in piena autonomia e libertà di giudizio il dato storico rappresentato da un esito favorevole della indagine penale.

Ne consegue, volendosi riferire al caso concreto, che il decreto di archiviazione del GIP è destinato a spiegare i suoi effetti limitatamente all'ordinamento penale, impregiudicata restando la possibilità di revoca per l'insorgere di elementi di novità che autorizzino il GIP a riaprire le indagini.

Altra anomalia ravvisabile nel provvedimento di archiviazione è l'assoluta atipicità della formula adoperata ("per non avere commesso il fatto") che è propria delle sentenze di assoluzione, laddove l'archiviazione prevede quali formule tipiche, oltre alla infondatezza della *notitia criminis*, la mancanza di una condizione di procedibilità ovvero la non punibilità della persona indagata ai sensi dell'art 131 bis c.p. per particolare tenuità del fatto o che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato, così come previsto dall'art. 411 comma 1 c.p.p. ovvero ancora, che l'autore del reato è rimasto ignoto, in conformità all'art 415 c.p.p. comma 2.

Giusto per completezza va poi segnalato che mentre il PM presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Bolzano ha avanzato la richiesta di archiviazione a norma del combinato disposto dell'art. 408 c.p.p. e dell'art. 125 Disp. Att. C.p.p. per insostenibilità dell'accusa in giudizio sotto il profilo fattuale e non per infondatezza della *notitia criminis*, il GIP del Tribunale di Bolzano è andato ben oltre, censurando a più riprese il Pubblico Ministero per una qual certa tiepidezza nelle sue richieste conclusive e ricorrendo ad una serie di citazioni e ad espressioni fin troppo colorite e/o suggestive che solitamente non si rinvencono in provvedimenti giudiziari.

Il GIP in effetti, a differenza del Pubblico Ministero, ha sposato in pieno la tesi del complotto ordito ai danni dell'atleta italiano pervenendo al convincimento della sua totale estraneità al fatto contestatogli, dopo aver analizzato in modo molto dettagliato le risultanze delle indagini; le contraddizioni emerse e le condotte dei vari protagonisti delle vicende: il che però non basta a far acquisire al suo provvedimento le caratteristiche di una sentenza di assoluzione.

5. *I passaggi salienti del provvedimento di archiviazione*

Ciò doverosamente precisato, e volendo esaminare i passaggi salienti del provvedimento del GIP, in termini generali colpiscono l'assolutezza e perentorietà delle affermazioni del GIP rispetto ai toni blandi adoperati dal Pubblico Ministero, in quanto in più punti il Giudice, rivendicando – peraltro correttamente – la propria indipendenza ed imparzialità di giudizio, censura l'operato "timido" del Pubblico Ministero che a suo avviso si sarebbe fermato "*a metà del guado*" di fronte a evenienze processuali che avrebbero dovuto imporre ben altre considerazioni.

A più riprese il GIP parla di "*atti falsi e decettivi con cui i consulenti nominati da WADA, a contraddittorio già chiuso, hanno tentato di inficiare i*

dati emersi dalla perizia”, nonché di “*dichiarazioni mendaci*” a proposito dei campioni di urina prelevati il 1 gennaio 2016 rese sia all’autorità italiana che a quella tedesca (in relazione alla città sede del laboratorio accreditato dalla WADA per i test dei campioni) (vds pag. 3 del provvedimento).

In un passo del suo provvedimento (pag. 9), il GIP richiama il principio della «vicinanza della prova» proprio del diritto civile, ma a suo avviso condivisibilmente applicabile anche alla materia penale,¹⁸ affermando poi, in una pagina successiva, che proprio in applicazione di tale principio “*non è consentito a IAAF e WADA che, come provato documentalmente, hanno impedito di accertare che il contenitore presentasse segni di effrazione, invocarne l’integrità e con essa l’integrità della catena di custodia*” (pag. 74).

Quando affronta l’argomento scottante, ed a suo avviso decisivo, della concentrazione di DNA riscontrata nel campione in sequestro, il GIP esclude in modo radicale la tesi ipotizzata dal PM di semplici anomalie od opacità, optando invece per la tesi di condotte delittuose ravvisabili a carico di WADA e IAAF.

Vero è che in un passo del provvedimento (pag. 15) il giudice afferma che non vi è una prova diretta della manipolazione (il giudice ricorre alla espressione fin troppo colorita della “*pistola fumante*”), ma quando analizza il dato della anomala concentrazione del DNA esclude, per ragioni sia scientifiche (desunte dagli accertamenti da egli disposti) che logiche, l’attribuibilità ad un processo naturale, riconducendolo molto più verosimilmente ad un processo artificiale, che già da solo sarebbe sufficiente a spiegare l’ipotesi della manipolazione, peraltro rafforzata da una pluralità di indizi convergenti in tale direzione che il giudice non esita ad enumerare, come quando si sofferma – a proposito della manipolazione del campione biologico – sulle possibili diverse metodiche che possono avere condotto a far risultare una positività (vds. pagg. 13-14), desumendole anche questa volta sulla base di considerazioni sorrette da riferimenti scientifici o tratte dalla comune esperienza.

¹⁸ Il precedente citato dal GIP, peraltro risalente nel tempo e riferito alla materia civile (Cass. Sez. Un. Civ. 6 aprile 2001 n. 13533), ha trovato ampia applicazione anche nella materia penale sin dal 2014 come emerge dal principio di diritto affermato nella sentenza della II Sezione penale della S.C. n. 7484 del 21 gennaio 2014 nei seguenti termini: “*In tema di distribuzione dell’onere probatorio, spetta alla pubblica accusa la prova del reato. Tuttavia, ove l’imputato deduca eccezioni o argomenti difensivi, spetta a lui provare o allegare, sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, le suddette eccezioni perché è l’imputato che, in considerazione del principio della c.d. ‘vicinanza della prova’, può acquisire o quantomeno fornire, tramite l’allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva*”. Tale principio peraltro è stato ripreso recentissimamente dalla S.C. in altra pronuncia nella quale si afferma che “*Nell’ordinamento processuale penale, a fronte dell’onere probatorio assolto dalla pubblica accusa, anche sulla base di presunzioni o massime di esperienza, spetta all’imputato allegare il contrario sulla base di concreti ed oggettivi elementi fattuali, poiché è l’imputato che, in considerazione del principio della c.d. ‘vicinanza della prova’, può acquisire o quanto meno fornire, tramite l’allegazione, tutti gli elementi per provare il fondamento della tesi difensiva*” (Cass. Pen. Sez. II 30 gennaio 2020 n. 6734). In senso analogo v. anche tra le più recenti Cass. Pen. Sez. II 19 novembre 2019 n. 3883: *ibidem* 8 ottobre 2019 n. 43387.

E a proposito delle condotte scorrette rilevabili nella sequenza degli accertamenti, dei controlli e delle osservazioni contrarie alla perizia genetica da lui disposta sulla base dei rilievi dei carabinieri del RIS di Parma, a più riprese il GIP parla di una serie *“impressionante di artifici e dichiarazioni false finalizzati dapprima a non consegnare il campione B o a limitarne a 6 ml la quantità di urina da consegnare al perito, adducendone l’inutilità perché secondo la letteratura scientifica corrente sarebbero occorsi almeno 10 ml, poi a consegnare una provetta diversa, contenente guarda caso 6 ml, quindi a coprire il precedente falso, infine ad inficiare i dati emersi dalla perizia”*, escludendo potesse trattarsi di una semplice svista e segnalando che *“La falsa dichiarazione sulla quantità, che la perizia aveva incontrovertibilmente mostrato, veniva poi coperta da un’altra in cui si adduceva un errore, del tutto inverosimile, legato al fatto che il campione era scongelato”* (vds. paggs. 66-67 del provvedimento di archiviazione).

Quanto mai stentoree e trancianti le affermazioni contenute a pag. 70 del provvedimento di archiviazione là dove il GIP testualmente afferma: *“Alla luce di tutto questo appare più che evidente che siamo in presenza di un castello di carte costruito ad arte per ingannare. Prima si è cercato di impedire la perizia sul campione B, poi si è cercato di consegnare una provetta diversa, quindi di inficiare i risultati della perizia e non si è esitato a ricorrere a dichiarazioni false, a dati falsi o artatamente presentati, e ad artifici per trarre in inganno il giudicante, cioè a vere e proprie frodi processuali”*.

Ed ancora più perentorie le conclusioni esposte a pag. 71 dove si legge: *“L’impressionante serie di dati esaminati ed i reati che si sono evidenziati costituiscono altrettanti indizi, gravi, precisi e concordanti, a sostegno di quest’ipotesi per la quale sussiste anche un preciso e fortissimo movente. Solo una posta così alta, quale la necessità di celare la manipolazione commessa e di coprire quanti vi furono invischiati, può spiegare come enti che dovrebbero combattere e garantire il mondo dello sport, atleti compresi, siano ricorsi alle nefandezze sopra esaminate”*.

Il GIP ha accusato sia WADA che IAAF di autoreferenzialità nella conduzione delle indagini antidoping e nella decisione, esprimendo il convincimento che un siffatto sistema di analisi non prevede alcuna garanzia reale per gli atleti, non tutelati o tutelabili da eventuali manipolazioni (così a pag. 75), affermando che nei due organismi si concentrano le due coincidenti funzioni di *“controllore e controllato”* (così a pag. 82) e sottolineando la loro insofferenza verso controlli dall’esterno (pag. 76).¹⁹

¹⁹ Tuttavia va segnalato che proprio per evitare possibili accuse di conflitto di interesse, dall’aprile 2017 la WADA si avvale di un organismo denominato AIU (acronimo che sta ad indicare Athletics Integrity Unit) costituente una sorta di comitato etico che opera in via autonoma rispetto a World Athletics (l’ex IAAF) in qualità di organo inquirente e giudicante in materia di doping, in sostituzione del precedente dipartimento antidoping della IAAF. Secondo quanto diffuso dagli organi di informazione l’AIU avrebbe dichiarato la propria incompetenza ad occuparsi della vicenda

Fino a concludere che risulterebbe “*accertato con alto grado di credibilità razionale che i campioni d’urina prelevati ad Alex Schwazer l’1.1.2016 siano stati alterati allo scopo di farli risultare positivi e dunque di ottenere la squalifica e il discredito dell’atleta come pure del suo allenatore Sandro Donati*” ed ancora che “*sussistano forti evidenze del fatto che nel tentativo di impedire l’accertamento del predetto reato siano stati commessi una serie di reati*” che vengono poi indicati nel falso ideologico; nella frode processuale; in altro falso ideologico volto a coprire il precedente falso ed infine falso ideologico, frode processuale e diffamazione ravvisabili nella consulenza del 29.10.2020 redatta per conto di WADA e prodotta in giudizio rafforzata anche da altre dichiarazioni fraudolente (v. pag. 85 e ss. del provvedimento di archiviazione).

Come riportato diffusamente dagli organi di informazioni, le affermazioni del GIP hanno suscitato vivissime rimostranze da parte sia di WADA che di IAAF pronte ad agire penalmente contro il giudice responsabile di giudizi profondamente lesivi nei loro confronti.

Per la loro rilevanza le considerazioni del GIP debbono tuttavia fare riflettere ed interrogarsi sulle modalità delle indagini condotte dagli Organismi *WADA* e *World Athletics* (ex *IAAF*): al di là delle accese rimostranze di tali soggetti, che non possono certo definirsi pure schermaglie o semplici divergenze di opinioni, resta il fatto di un irrisolvibile contrasto tra “giudicati” di natura e portata diversa che non consente di pervenire ad una soluzione appagante e che comunque prova la differenza profonda del sistema di garanzie proprio del processo penale rispetto a quello sportivo in considerazione delle diverse tecniche di controllo che stanno alla base dei due procedimenti.

6. *Le possibili strade da percorrere*

6.1 *Il ricorso al Tribunale Federale*

Quali soluzioni possono allora prospettarsi?

Logica vuole, come peraltro anticipato pubblicamente dal suo difensore, che lo Schwazer si determini ad adire ancora una volta il Tribunale Federale Elvetico con l’obiettivo di richiedere una revisione del lodo del TAS di Losanna dell’agosto 2016, stavolta basata su elementi più probanti in quanto consacrati da un provvedimento giudiziario penale (pressoché) definitivo, nel tentativo di ribaltare la decisione di rigetto del Tribunale Federale del 17 marzo 2020.

Laddove il Tribunale dovesse ritenere fondata tale domanda, dovrebbe rimandare gli atti al TAS di Losanna per un nuovo giudizio arbitrale e nel frattempo disporre – su richiesta dell’atleta che non mancherà di presentarla – la sospensione del lodo (respinta una prima volta il 6 dicembre 2019), consentendo quindi allo

Schwazer in quanto verificatasi prima della istituzione di tale organismo in seno alla WA, ribadendo invece la competenza del dipartimento antidoping della IAAF.

Schwazer la possibilità di partecipare ai giochi Olimpici, in attesa poi della decisione del TAS di Losanna che potrebbe con il nuovo giudizio prosciogliere l'atleta ovvero confermarne la squalifica.

Dire se tale strategia difensiva abbia concrete probabilità di successo si presta però a non poche incertezze, dipendendo tutto dal modo attraverso il quale la difesa dell'atleta riuscirà a veicolare nel giudizio dinnanzi al Tribunale Federale Elvetico i risultati del procedimento penale e dalla disponibilità del Tribunale a considerare tali elementi come nuove prove, visto che in occasione della precedente istanza di revisione questa è stata rigettata sostanzialmente per la mancanza di prova da parte dell'atleta del fatto nuovo.

Se dovesse farsi riferimento al nostro diritto processuale civile, l'istituto da richiamare sarebbe la revocazione, disciplinata – come è noto – dall'art. 395 c.p.c. il quale, tra i casi in cui ammette questo rimedio straordinario di impugnazione avverso le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, contempla quello del giudizio pronunciato sulla base di prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza stessa (art. 395 n. 2) ed ancora, il caso in cui dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario.

Le sentenze per le quali è scaduto il termine per l'appello possono essere impugnate per revocazione, per quanto qui può rilevare, nei casi dei nn. 2 e 3 dell'art. 395, a condizione che la scoperta della falsità o il recupero dei documenti o la pronuncia della sentenza, siano avvenuti dopo la scadenza del termine suddetto. È anche consentita, su istanza di parte, la sospensione, qualora l'istanza di revocazione non sia ritenuta manifestamente infondata.

L'istituto della revocazione nel giudizio ordinario statale non è peraltro estraneo, sia pure secondo una diversa nomenclatura, al giudizio disciplinare sportivo, sia secondo il Codice di giustizia sportiva del CONI, sia secondo il Codice Sportivo Antidoping del 2020: in particolare l'art. 63 comma 1 del Codice di Giustizia sportiva del CONI prevede esplicitamente il giudizio di revisione per le sentenze della Corte di Appello Federale non più appellabili, quando la sanzione disciplinare sia stata applicata sulla base di prove successivamente giudicate false ovvero in difetto di prove decisive successivamente formate o comunque divenute acquisibili.

A sua volta l'art. 40 comma 1 del Codice Sportivo Antidoping 2020 prevede l'istituto della revisione (sostanzialmente equivalente alla revocazione propria del diritto processuale civile) in due casi rispettivamente contemplati dalla lettera a) (sopravvenienza e scoperta dopo la sentenza di nuove prove che sole ovvero unite a quelle già valutate dimostrano che la decisione deve essere modificata) e b) (dimostrazione che la decisione è stata pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio ovvero di un altro fatto previsto dalla legge come reato).

Anche la decisione del TAS di Losanna, che costituisce l'ultimo grado di giudizio rispetto alla sentenza del Tribunale Nazionale Antidoping in sede di appello,

è assoggettabile ad istanza di revisione dinnanzi al Tribunale nazionale Federale Elvetico (che costituisce l'ultimo grado di giudizio equivalente alla nostra Corte di Cassazione) onde impugnare il lodo di un tribunale arbitrale sia nazionale che internazionale avente sede in Svizzera, come appunto il TAS di Losanna. La revisione del lodo può essere richiesta se, dopo la pronuncia del lodo, la parte istante viene a conoscenza di fatti rilevanti o ritrova mezzi di prova decisivi che non ha potuto addurre nel procedimento precedente; mentre sono invece esclusi i fatti e i mezzi di prova posteriori alla decisione. Il fatto invocato dev'essere inoltre rilevante, vale a dire suscettibile di modificare la fattispecie che è stata posta alla base del lodo impugnato e condurre con un apprezzamento giuridico corretto a una soluzione differente da quella adottata nel lodo. Questa procedura è stata effettivamente seguita dal marciatore italiano nel dicembre 2019 con esito negativo (v. *postea*).

In effetti, sulla base degli elementi emersi nel giudizio penale concluso con l'archiviazione, va rilevato che, a differenza di quanto accaduto in occasione del primo giudizio dinnanzi al Tribunale Federale, nel nuovo ricorso dinnanzi alla Corte Elvetica l'atleta italiano potrebbe avvalersi, quale elemento di novità, del provvedimento di archiviazione confortato dalle perizie espletate in tale sede. Ma a ben vedere il Tribunale Federale, nell'esaminare il ricorso proposto nel dicembre 2019 aveva rilevato che lo Schwazer non aveva fornito prove nuove e che anche la perizia del RIS si riferiva sempre alla lamentata manipolazione prospettata già nel 2016 davanti al tribunale arbitrale. Inoltre, il Tribunale Federale svizzero aveva sottolineato che lo Schwazer non aveva spiegato perché la perizia sul DNA nelle urine non fosse stata richiesta nell'ambito del processo davanti al TAS. Sicché sembra davvero improbabile che il Tribunale Federale possa oggi riconsiderare l'esistenza di prove nuove, diverse da quelle già adottate e non giudicate tali.

In ultima analisi si tratterà per la difesa di dimostrare la fondatezza della sua istanza di revisione alla luce delle regole processuali del diritto civile svizzero (le uniche applicabili) fissate nell'art. 123 della Legge sul Tribunale Federale del 2005 secondo il quale la revisione può essere richiesta se l'istante, dopo la pronuncia della sentenza (leggasi lodo TAS), venga a conoscenza di fatti rilevanti o trovi mezzi di prova decisivi che non ha potuto addurre nel procedimento precedente, esclusi i fatti e i mezzi di prova posteriori alla sentenza.

Peraltro quand'anche il Tribunale Federale dovesse accogliere il ricorso e disporre la sospensione della squalifica comminata dal TAS nel 2016, rinvierebbe gli atti all'organo arbitrale internazionale per un nuovo giudizio: ciò comporterebbe un dispendio di tempo poco compatibile con la possibilità concreta per l'atleta di gareggiare alle Olimpiadi visto l'esiguo tempo a disposizione per raggiungere la qualificazione in eventuali gare.

Secondo la Legge svizzera, il Tribunale Federale, qualificabile come organo giudiziario di ultima istanza che ha quale suo compito istituzionale quello di vigilare sul rispetto e sull'applicazione uniforme del diritto, così come avviene in Italia per la Corte Suprema di Cassazione, non procede, salvo casi eccezionali, a un

accertamento dei fatti, ma è deputato unicamente all'esame delle questioni di diritto, basandosi sui fatti come accertati dall'autorità precedente.

La revisione rientra tra i mezzi straordinari di impugnazione ed è disciplinata dal richiamato art. 123, mentre sotto il profilo dei termini per la proposizione del ricorso, questo va depositato nel termine di 90 giorni decorrenti dalla scoperta del motivo che possa dare luogo alla revisione, in conformità a quanto previsto dall'art. 124 cpv. 1 lett. d) della LTF.

Il fatto invocato deve presentare i caratteri della "decisività" e della "novità": come emerge dal testo della sentenza del Tribunale Federale – 1^a Corte Federale – del 17 marzo 2020, sotto il primo profilo deve trattarsi di fatto rilevante, tale cioè da essere idoneo, come ricorda il Tribunale nella sentenza del 17 marzo 2020 a *«cambiare la fattispecie che è stata posta alla base della decisione attaccata e quindi condurre con un apprezzamento giuridico corretto a una soluzione differente da quella adottata nella sentenza»*; sotto il secondo profilo, deve trattarsi di nuovi mezzi di prova che *«devono servire a provare i nuovi fatti rilevanti o fatti che erano conosciuti nella precedente procedura, ma che l'istante non era riuscito a dimostrare»*.

Se la domanda di revisione viene accolta, il Tribunale Federale annulla il lodo e rinvia gli atti al Tribunale arbitrale per nuovo giudizio.

Scorrendo il testo della decisione del 17 marzo 2020, questa si è basata su due elementi: il primo riguardava l'inosservanza del termine di novanta giorni decorrenti dalla data della scoperta del motivo alla base della richiesta di revisione, in quanto, secondo il Tribunale Federale, alla data del deposito (4 dicembre 2019) detto termine era già trascorso rispetto alla data della perizia genetico-forense (29 agosto 2019) nell'ambito del procedimento penale in corso in Italia dinnanzi al GIP del Tribunale di Bolzano.

Il secondo motivo, giudicato dal Tribunale assorbente rispetto al primo, riguardava invece il concetto di "fatto nuovo", escluso dal Tribunale perché l'argomento della manipolazione del campione di urina desunto da una concentrazione anomala del DNA constatata dal perito nel campione B non poteva considerarsi tale secondo il giudice elvetico, ma, molto più semplicemente, una circostanza preesistente che l'istante non era riuscito a dimostrare nella procedura arbitrale del 2016 dinnanzi al TAS.

Il Tribunale elvetico, con un ragionamento molto articolato, dopo aver ritenuto infondata la tesi del vuoto legislativo sostenuta dallo Schwazer in relazione all'esclusione, prevista dall'art. 123 cpv. 2 lett. a) della LTF, di mezzi di prova posteriori alla decisione di cui è chiesta la revisione, ha sottolineato il fatto che da parte dell'istante non era stata fornita la prova – a suo dire impossibile in relazione al rito abbreviato prescelto – di non aver potuto apportare prima le relative prove (cioè durante la procedura arbitrale), evidenziando quale circostanza ostativa il fatto che lo Schwazer non era riuscito a chiarire le ragioni per le quali gli sarebbe stato precluso di addurre le prove dimostrative della pretesa manipolazione.

L'analisi della sentenza del 17 marzo 2020 dà quindi la dimensione delle difficoltà procedurali che presumibilmente si frapperanno alla nuova istanza di revisione da parte della difesa dell'atleta italiano.

6.2 *La richiesta di grazia*

Altra strada che lo Schwazer potrebbe intraprendere è – come si legge anche in alcune notizie di stampa – una possibile richiesta di grazia da avanzare al CIO al fine di poter partecipare in via del tutto eccezionale ed alla luce della decisione penale, alle Olimpiadi di Tokio.

Si tratta di un'iniziativa da assumere laddove ogni altra strada fosse impercorribile che però, ad avviso di chi scrive, non presenta molti margini di successo: a ben vedere la Carta Olimpica non sembra conferire agli organi decisionali dell'Organizzazione internazionale sportiva poteri siffatti.

Peraltro è appena il caso di aggiungere che il codice WADA, così come in Italia le Norme Sportive Antidoping (NSA) che dal primo traggono origine, non contemplano provvedimenti di clemenza quali la grazia o l'indulto o l'amnistia come modalità di estinzione della pena per le violazioni della normativa antidoping, a riprova della netta avversione degli Organi sportivi verso atti di perdono nei confronti di atleti che violano le norme antidoping, attesa la gravità intrinseca di tali condotte illecite che confliggono in modo assoluto con i principi del CIO la cui carta non prevede la grazia per condotte di doping.

L'estremo rigore del codice mondiale antidoping, appena temperato da alcune caute innovazioni contenute nel codice WADA del 2021, trova piena corrispondenza nel Codice Sportivo Antidoping in ambito nazionale, che presenta, rispetto al Codice di Giustizia Sportiva del CONI attualmente vigente, alcune peculiarità.

In particolare l'art. 11 del Regolamento Sportivo Antidoping 2021 dispone che i provvedimenti di amnistia, grazia ed indulto non sono applicabili nei confronti di coloro che si siano resi responsabili di violazione delle Norme Sportive Antidoping.

Ed altrettanto è previsto – per quanto riguarda la materia del doping – dai principi di giustizia del CONI approvati dal Consiglio nazionale del CONI il 26 ottobre 2018 che, pur prevedendo il ricorso ad atti di clemenza per gli atleti condannati per illeciti disciplinari anche gravi, indicandone le relative modalità, espressamente escludono all'art. 6.3 l'applicabilità di amnistia, indulto e grazia per tutte le sanzioni inflitte per violazione delle NSA (Norme Sportive Antidoping).

Tali rigide preclusioni rendono quindi decisamente ardua questa soluzione e ben difficilmente gli stessi Organi del CONI potrebbero perorare tale causa dinnanzi al CIO tenuto anche conto dei rapporti che il CONI ha con il CIO.²⁰

²⁰ Da ricordare, ma con riferimento a vicende ormai trascorse, che il CIO aveva approvato la cd. Regola Osaka n. 45 con la quale precludeva la possibilità ad atleti squalificati per doping per periodi superiori ai sei mesi di partecipare alle olimpiadi del 2012: regola tuttavia dichiarata illegittima dal

6.3 *Il ricorso dinnanzi alla CORTE CEDU*

Si tratta di una iniziativa astrattamente praticabile in relazione ad una prospettata violazione dell'art. 6 comma 1 della CEDU (Diritto a un equo processo) secondo il quale, «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti..... omissis*».

Non mancano precedenti in riferimento a ricorsi proposti da singoli atleti dinnanzi alla CEDU nei confronti del TAS di Losanna in materia di doping (come quello del ciclista Erwin Bakker, ovvero del calciatore Adrian Mutu, ovvero della pattinatrice Claudia Pechstein, tutti colpevoli di assunzione di sostanze dopanti).²¹ I rispettivi ricorsi sono stati respinti avendo la Corte Europea escluso che il TAS, qualificato come organismo giustiziale arbitrale nei cui confronti la norma CEDU è stata ritenuta applicabile, possa essere considerato un tribunale privo dei requisiti della indipendenza e imparzialità. Il giudice europeo ha infatti ritenuto che le procedure d'arbitrato dinanzi al TAS offrivano tutte le garanzie per un processo equo sicché le affermazioni di mancanza strutturale d'indipendenza e imparzialità del TAS andavano respinte.

Nel caso del marciatore italiano, questi, per poter dimostrare la violazione del proprio diritto ad un giusto ed equo processo, dovrebbe provare che al momento in cui venne celebrato il giudizio sportivo dinnanzi al TAS nel 2016 vi fossero elementi anomali frutto di malafede che quei giudici conoscevano, senza tuttavia averne tenuto deliberatamente conto: dimostrazione che appare piuttosto problematica, tanto più che alcuni dati sospetti sono emersi solo con il decreto di archiviazione del GIP.

6.4 *L'azione civile risarcitoria per danni*

Rimane ovviamente aperta la strada di iniziative civili di tipo risarcitorio nei confronti degli organismi sportivi indicati quali presunti responsabili dei danni

TAS di Losanna che ha permesso a diversi atleti squalificati per lunghi periodi come il ciclista italiano Rebellin di partecipare alle Olimpiadi di Londra. Ma si trattava in ogni caso di atleti ammessi a partecipare dopo avere scontato interamente la squalifica, il che non è configurabile nel caso del marciatore italiano la cui squalifica è ancora in corso.

²¹ Si tratta della decisione della 3^a sezione della Corte di Giustizia assunta nella causa n. 7198/07 nei confronti del ciclista Erwin Bakker squalificato in via definitiva dal TAS di Losanna per assunzione di sostanze dopanti, pronunciata all'unanimità con declaratoria di irricevibilità del ricorso in data 3/26 settembre 2019; ancora, della decisione pronunciata, sempre dalla 3^a Sezione della Corte CEDU nelle cause riunite n. 40575/10 e 6747410 nei confronti del calciatore Adrian Mutu, militante all'epoca nel campionato di calcio italiano, e della pattinatrice tedesca Claudia Pechstein olimpionica nel 2008, entrambi squalificati dal TAS di Losanna il cui giudizio è stato definito dalla Corte di Giustizia con declaratoria di inammissibilità a maggioranza in data 2 maggio 2018 per insussistenza della violazione dell'art. 6 comma 1 della CEDU.

cagionati all'atleta italiano per i loro comportamenti scorretti sia sotto il profilo di pregiudizi non patrimoniali quali il danno di immagine, e la perdita di *chance*, sia sotto il profilo di eventuali pregiudizi di tipo patrimoniale: strada che molto verosimilmente i difensori dell'atleta coltiveranno avvalendosi dei risultati emersi nel corso dell'indagine penale, ma che non sembra realmente soddisfare le aspettative dello Schwazer impegnato strenuamente ad ottenere una riabilitazione totale e non solo dal punto di vista penale o risarcitorio.

7. *Gli echi mediatici e lo scontro politico*

In realtà la vicenda dell'atleta italiano ha turbato non poco l'opinione pubblica mettendo a nudo le carenze in termini di garanzie del sistema disciplinare sportivo rispetto a quelle offerte dal sistema giudiziario penale che, pur tra le mille crisi che lo affliggono, dà reali segni di indipendenza e di reale bisogno di ricerca della verità processuale e sostanziale.

Il clamore mediatico suscitato dalla vicenda Schwazer ha indotto organi di stampa e associazioni di vario genere ad assumere iniziative volte a perorare la causa dell'atleta italiano nel tentativo di vederlo riabilitato anche nell'ambito sportivo e di consentirgli la partecipazione alle prossime Olimpiadi.

Persino il mondo politico non è rimasto indifferente alla vicenda Schwazer che già in passato aveva formato oggetto di numerose interrogazioni parlamentari. a cominciare dal febbraio 2017 in cui l'On.le Cova, sulla base di alcune notizie giornalistiche che avanzavano riserve sul comportamento ostruzionistico del laboratorio antidoping di Colonia nei riguardi del GIP del Tribunale di Bolzano e sulla base anche delle motivazioni della sentenza del TAS di Losanna che escludevano la sussistenza di prove concrete di un complotto ai danni dell'atleta italiano, aveva chiesto ai Ministri destinatari dell'interrogazione se fossero a conoscenza di tali fatti e quali iniziative intendessero assumere "per il rispetto degli accordi internazionali sulla giustizia e per il rispetto delle norme antidoping".²²

In epoca molto più recente con un'altra interrogazione con risposta scritta rivolta al Presidente del Consiglio dei Ministri, presentata in Senato il 17 settembre 2019 il Senatore De Bertoldi ha chiesto di conoscere se, alla luce degli elementi emersi nel corso delle indagini penali, il Governo fosse a conoscenza della vicenda nella sua interezza, se non fosse opportuno informare il Parlamento circa possibili manomissioni del campione biologico e quali iniziative intendesse assumere il Parlamento al fine di innalzare i livelli di controlli e monitoraggio delle relative procedure al fine di evitare il ripetersi di vicende similari.²³

La risposta del Ministro dello Sport Spadafora, peraltro, non ha fornito soluzioni mirabolanti, come era prevedibile attendersi, attesa anche l'autonomia

²² Interrogazione a risposta scritta 4-15426 presentata dall'On.le Paolo COVA Paolo (PD) l'1 febbraio 2017 nella seduta n. 734.

²³ Si tratta della interrogazione 4-02148 del 17 settembre 2019 riportata nel fascicolo 86 del Senato alle pagg. 20604-05 ss.

dell'Ordinamento statale rispetto a quello sportivo, essendosi limitata a ripercorrere le tappe della vicenda e a segnalare tanto la decisione di rigetto della istanza di revisione del Tribunale Federale Svizzero che la pendenza del procedimento penale, illustrando poi, quanto alle modalità dei controlli antidoping, il ruolo di NADO Italia e l'ausilio fornito dall'unico laboratorio di Roma accreditato dalla WADA.

E sorte sostanzialmente identica ha avuto altra interrogazione presentata dal Presidente del Gruppo Misto alla Camera On.le Schullian indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli Affari esteri con la quale il deputato, sulla base dei contenuti del provvedimento di archiviazione del GIP del Tribunale di Bolzano e delle reazioni di WADA e WORLD ATHLETICS nei confronti del giudice, ha chiesto l'adozione di opportune iniziative, nelle competenti sedi, a difesa della magistratura, viste le preoccupazioni espresse il 26 febbraio 2021 dall'ANM – Sezione Trentino Alto Adige – sul comunicato della WADA ed ancora se il Governo sia a conoscenza di quanto esposto in premessa e se intenda assumere iniziative di competenza contro le prese di posizione poco rispettose nei confronti di una pronuncia di un tribunale italiano da parte delle suddette organizzazioni internazionali, che dovrebbero esprimere terzietà e al finanziamento delle quali contribuisce anche lo Stato italiano.²⁴

Come prevedibile, la risonanza mediatica della vicenda e le conclusioni contenute nel provvedimento di archiviazione del GIP del Tribunale di Bolzano hanno contribuito a spostare l'asse della questione sul piano politico: in altri termini, non più tentativi di soluzione della vicenda in termini giuridico-giudiziari ma in chiave politica, con un inevitabile scontro tra due mondi: quello sportivo forte della autonomia del suo ordinamento e quello politico che fa leva in ultima analisi sui risultati di una indagine giudiziaria conclusa secondo le regole del nostro codice processuale.

In questo senso deve leggersi la risoluzione adottata all'unanimità il 30 marzo 2021 dalla VII Commissione Cultura della Camera dei Deputati, preceduta dall'appello *bipartisan* firmato da tutti i capigruppo della Commissione di qualche giorno prima che esortava il Governo e il Coni ad attivarsi presso gli organi sportivi internazionali competenti affinché il marciatore italiano potesse partecipare alle Olimpiadi, alla luce di quanto emerso in sede giudiziaria.

In effetti nel testo della risoluzione congiunta viene posto in evidenza che il magistrato “*ha stabilito con alto grado di credibilità razionale che i campioni di urina prelevati dal marciatore erano stati alterati allo scopo di farli risultare positivi*” e inoltre che “*se le autorità sportive internazionali non si esprimeranno, Schwazer dovrà stare fuori dall'agonismo fino al 2024, pregiudicando le sue probabili ultime Olimpiadi visti anche i suoi 36 anni di età*”.

Da qui la sollecitazione unanime dell'organo parlamentare di invitare gli organismi internazionali sportivi a fare chiarezza alla luce delle gravissime anomalie

²⁴ Si tratta della interrogazione n. 4-08637 presentata nel corso della seduta della Camera del 19 marzo 2021 di cui all'allegato B degli atti parlamentari della Camera.

indicate dal GIP del Tribunale di Bolzano nel proprio provvedimento di archiviazione del 18 febbraio 2021, in cui vengono analizzate con estrema meticolosità le incongruenze della vicenda; l'ostracismo e la scarsa collaborazione del Laboratorio Antidoping di Colonia (considerato una vera eccellenza tra tutti i laboratori accreditati WADA), della stessa WADA e della Federazione Internazionale di Atletica; i punti oscuri e le stranezze; i sospetti di un reale complotto avvalorati dalle tre perizie affidate al Comando del RIS (Reparto Investigazioni Scientifiche dei Carabinieri) di Parma.

Si tratta di una posizione unanime proveniente dall'intero arco politico parlamentare senza esclusione di alcuno che, secondo WADA suonerebbe però come una vera e propria indebita ingerenza politica nello sport.

Il vero è che la vicenda Schwazer ha finito con il travalicare i confini sportivi trasformandosi in un vero e proprio caso politico-diplomatico.

Sotto tale profilo la WADA si è affrettata a far sentire la propria voce in nome dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e nel segno di una rivendicazione forte della correttezza dell'operato dei suoi organi.²⁵

Sulla base di tale netta presa di posizione, è assai poco probabile che l'appello bipartisan della Commissione Parlamentare possa avere un qualche esito positivo presso la WADA, mentre potrebbe avere un qualche effetto, quanto meno sul piano psicologico, sul Tribunale Federale Elvetico chiamato a pronunciarsi sulla probabile istanza di sospensione e revisione che verrà avanzata dalla difesa del marciatore italiano.

8. *Riflessioni conclusive*

In conclusione il conflitto venutosi a creare tra istituzioni sportive e sistema giudiziario statale appare insuscettibile di soluzioni appaganti, non mancando però di sottolineare, quanto alle possibili iniziative reattive da parte di WADA, World Athletics e FIDAL che se davvero tali organismi intendevano riaffermare nel corso del procedimento penale la piena correttezza delle procedure di controllo e di consegna dei campioni, ben avrebbero potuto – anzi dovuto – praticare l'unica strada consentita dal codice processuale, opponendosi alla richiesta di archiviazione.

²⁵ Questo il testo perentorio del comunicato della WADA: “*prende atto della decisione della VII Commissione della Camera dei Deputati di approvare una risoluzione relativa al procedimento penale contro Alex Schwazer. In ogni occasione, la Wada ha agito in buona fede e nel pieno rispetto di tutte le procedure e le leggi applicabili, nel tentativo di assistere il Tribunale. La Wada sostiene tutte le evidenze che ha fornito e che ritiene siano state scientificamente provate oltre ogni ragionevole dubbio davanti al Tribunale*” – si legge in una nota – “*La Wada rimane a disposizione delle autorità italiane per fornire ulteriori dettagli su questo caso e sulle conclusioni del giudice che lo ha valutato. Rileva il fatto che nel 2016 Alex Schwazer è risultato positivo allo steroide testosterone. World Athletics gli ha intentato contro una causa, e la Corte di Arbitrato per lo Sport lo ha ritenuto colpevole di aver commesso una violazione delle norme antidoping, secondo quanto previsto dal Codice Mondiale Anti-Doping. Vista la sua recidività*” – termina il comunicato della Wada – “*ha ricevuto una sospensione di otto anni e rimane ineleggibile per gareggiare fino al 7 luglio 2024*”.

Il non averlo fatto, magari in relazione ai toni adoperati dal PM nella richiesta di archiviazione, finisce così con il gettare ombre inquietanti non solo sui comportamenti in concreto posti in essere da tali organismi e dai soggetti che nel loro interesse e per loro conto hanno agito, ma sull'intero sistema dei controlli antidoping, finendo implicitamente con l'avallare il severissimo giudizio espresso dal GIP del Tribunale sull'anomalo modo di procedere da parte di enti che dovrebbero combattere il doping e sulla assenza di garanzie per gli atleti originata dal venir meno della catena di custodia dei campioni da analizzare.

È innegabile che le profonde differenze tra il sistema di accertamento della responsabilità in sede penale e quello in sede disciplinare antidoping non poteva non generare polemiche anche aspre come quelle di recente insorte ad opera del Presidente della World Athletics (la ex IAAF) Sebastian Coe,²⁶ le cui affermazioni sembrano sbarrare la strada a possibili ripensamenti in ossequio al provvedimento giudiziario: del resto l'autonomia tra i due ordinamenti spiega la ritrosia del sistema disciplinare sportivo a fare riferimento agli esiti del procedimento penale.

Ma al di là di queste polemiche che preludono ad uno scontro di tipo "politico", chi scrive ritiene che, data per conclusa la vicenda penale, sarebbe auspicabile che gli stessi Organismi sportivi deputati alla lotta contro il doping, anziché minacciare improbabili azioni giudiziarie per i reati di diffamazione e/o calunnia, potrebbero adoperarsi presso il Pubblico Ministero (che sembra avere scartato, perché poco verosimile, la tesi della manipolazione) per riaprire le indagini sulla base di eventuali nuovi elementi di cui abbiano la disponibilità attraverso l'apposito meccanismo di cui all'art. 414 c.p.p.

Così come ben potrebbero i detti organismi, laddove presa cognizione delle gravi irregolarità rilevate dal giudice penale, riappropriarsi del loro ruolo di persone offese dal reato, sollecitando il Pubblico Ministero a riaprire le indagini nel parallelo procedimento contro ignoti conseguente alla denuncia presentata a suo tempo dall'atleta italiano per un complotto ai suoi danni ordito da persone non identificate, contribuendo a smascherare eventuali colpevoli che possano avere agito in modo infedele e recuperando così la loro "perduta dignità" agli occhi dell'intera opinione mondiale.

²⁶ Questa l'affermazione del Presidente Sebastian Coe rivolta anche all'Italia: «*Athletics Integrity Unit (AIU) e World Athletics (WA) sono assolutamente fedeli alla posizione che hanno assunto sul caso Schwazer*».

IL LODO TAS NEL CASO WADA CONTRO RUSADA: L'ULTIMO CAPITOLO DEL RUSSIAGATE IN MATERIA DI DOPING E LA PROPORZIONALITÀ DELLE SANZIONI

di Mario Vigna,* Giulia Vigna,** Emanuele Gualtieri***

ABSTRACT: The CAS wrote another chapter in the Russiagate related to doping practices. This time at stake there was the future of Russian sport, including the possibility to host competitions and future participation of Russian athletes in major sports events such as the next Summer and Winter Olympics. In particular, WADA charged RUSADA (the Russian NADO) of alteration and manipulating with data of the Moscow Anti-Doping Laboratory. In so doing, WADA endorsed the Compliance Review Committee's recommendation that the RUSADA is non-compliant with the World Anti-Doping Code since it violated the International Standard for Code Compliance by Signatories. As a consequence, it suggested some sanctions for 4 years that were not accepted from RUSADA. Then, WADA filed a request for arbitration with CAS Ordinary Arbitration Division. The arbitration panel, after having examined several procedural and evidentiary matters, issued the award by partially upholding the WADA's motions for relief. Indeed, although it found RUSADA to be non-compliant with the applicable rules, the panel opted to impose the sanctions for 2 years instead of the 4-year term requested by WADA. In particular, the panel made specific reference to the principle of proportionality and the need to find a reasonable balance between WADA's intended purpose and the interests and rights of those affected by the measures, including "clean" Russian athletes. Both WADA and RUSADA were not pleased with the ruling, obviously for opposing reasons. Sometimes this means that the decision is a very fair one. It is to be hoped that this would be one of those instances in the interest of Russian and world sport.

Keywords: *RUSADA, WADA, Moskov Laboratory Data, compliance, signatory, liability, principle of proportionality, neutral athlete.
RUSADA, WADA, Dati del laboratorio di Mosca, conformità, firmatario, responsabilità, principio di proporzionalità, atleta neutrale.*

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. Il procedimento dinanzi al TAS – 3. Analisi del merito – 4. Il verdetto – 5. Rilievi conclusivi

* Mario Vigna, avvocato del Foro di Roma, Partner di Coccia De Angelis Vecchio & Associati, Vice Procuratore Capo NADO Italia, Coordinatore Commissione Doping AIAS. E-mail: m.vigna@cdaa.it.

** Giulia Vigna, avvocato del Foro di Roma, Associate di Coccia De Angelis Vecchio & Associati, Coordinatore Commissione Arbitrato Sportivo AIAS. E-mail: g.vigna@cdaa.it.

*** Emanuele Gualtieri, praticante avvocato del Foro di Roma, Master in Sport Business Management di 24ORE Business School.

1. *La vicenda*

In data 17 dicembre 2020, il Tribunale dello Sport di Losanna (di seguito “TAS”), nell’emettere il lodo in commento, ha chiuso un altro capitolo di quello che potremmo definire il “Russiagate” in materia di doping.¹

In particolare, il Collegio arbitrale ha parzialmente accolto la richiesta della Agenzia Mondiale Antidoping (“WADA”) di sanzionare l’Agenzia Antidoping Russa (“RUSADA”) per il mancato rispetto di talune previsioni riconducibili al Codice Mondiale Antidoping (“Codice WADA”).

Il lodo è estremamente lungo (ben 186 pagine) ed è ricco di questioni giuridiche di particolare interesse.

Per assicurarne la comprensione, è opportuno ricostruire brevemente le vicende che hanno condotto a detta pronuncia.

Nel 2010 Vitaly Stepanov, un dipendente della RUSADA, iniziò a inviare materiale alla WADA asserendo che la RUSADA consentiva il doping sistemico nell’atletica.²

Il 3 dicembre 2014, l’emittente televisiva tedesca ARD trasmise un documentario del giornalista investigativo Hajo Seppelt, in cui veniva descritto il presunto coinvolgimento del governo russo in un intricato schema organizzato in concorso tra RUSADA, Federazione Russa di Atletica Leggera (“ARAF”)³ e il laboratorio antidoping di Mosca per mascherare la positività degli atleti russi.⁴

Pertanto, al fine di accertare la veridicità delle rivelazioni emerse dal documentario della ARD, la WADA istituì una commissione indipendente (la “Commissione”), il cui rapporto finale, pubblicato il 9 novembre 2015, confermò i sospetti a carico delle varie organizzazioni coinvolte. In particolare, la Commissione concluse che RUSADA e ARAF non erano conformi al Codice WADA, raccomandando una serie di azioni tra cui la revoca dell’accreditamento WADA del Laboratorio Antidoping di Mosca e la sospensione dell’affiliazione dell’ARAF alla Federazione Internazionale di Atletica (oggi “World Athletics”, all’epoca “International Association of Athletics Federations”).⁵

Il 18 novembre 2015, sulla base delle raccomandazioni della Commissione, approvate dall’Independent Compliance Review Committee della WADA (“CRC”),

¹ Si veda Lodo CAS 2020/O/6689 World Anti-Doping Agency v. Russian Anti-Doping Agency, disponibile al link: www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_6689.pdf.

² D. SCHWARTZ, *Whistleblowers Yuliya and Vitaly Stepanov describe Russia’s sports doping system*, www.cbc.ca, 13 gennaio 2016.

³ Oggi denominata “Russian Athletics Federation”.

⁴ La narrazione è stata strutturata intorno all’uso di video registrati segretamente e registrazioni audio realizzate dagli informatori russi, Vitaly Stepanov e sua moglie, Yuliya Rusanova, un’atleta russa di atletica leggera. Entrambi hanno affermato che i funzionari russi di atletica leggera avevano fornito sostanze vietate in cambio del 5% dei guadagni di un atleta e avevano anche falsificato i test in collaborazione con gli ufficiali di controllo antidoping. In merito, si veda “*Caso doping di Stato in Russia, quel laboratorio in cui tutto veniva insabbiato*” del 21 novembre 2015 su www.ilmessaggero.it.

⁵ Report del 9 novembre 2015 della Commissione Indipendente, 9.

WADA dichiarò la RUSADA non conforme al Codice WADA e sospese l'accreditamento del Laboratorio di Mosca.⁶

Nel marzo 2016, l'emittente tedesca ARD trasmise un nuovo documentario, in cui accusava la Russia di continuare a violare le norme WADA in materia di doping. Nello specifico, il servizio rivelava che un funzionario RUSADA era solito informare in anticipo gli atleti sulle date dei test antidoping, che un funzionario collegato all'ARAF fornisse sostanze vietate agli atleti, e che un allenatore sanzionato dalla WADA continuasse a portare avanti la sua attività nonostante la sospensione.⁷

Nel maggio 2016 sono trapelate nuove dichiarazioni rese da parte dell'ex direttore del Laboratorio di Mosca Dott. Grigorij Michajloviè Rodchenkov, in base alle quali si è dato atto dell'esistenza di un sofisticato sistema di doping di stato in Russia e della presenza di diversi atleti positivi a sostanze antidoping nella delegazione che aveva partecipato ai Giochi Olimpici di Sochi nel 2014, tra cui diversi vincitori di medaglie.

In seguito, la WADA ha nominato il Professor Richard H. McLaren come responsabile di una nuova Commissione Indipendente, che aveva il compito di indagare sulla veridicità delle dichiarazioni del Dr Rodchenkov.

1.1 I McLaren Reports

Il primo rapporto pubblicato dal Professor McLaren il 16 luglio 2016 (il "Primo Rapporto McLaren") ha riscontrato che in Russia si verificavano (i) una manipolazione istituzionalizzata dei risultati dei test antidoping al fine di celare l'esistenza di campioni positivi (c.d. *Disappearing Positive Methodology*, "DPM"), nonché (ii) un meccanismo di scambio dei campioni positivi (c.d. *sample swapping methodology*), al fine di permettere a atleti dopati di partecipare alle Olimpiadi.

Il rapporto descriveva il laboratorio di Mosca come il principale ingranaggio di una "macchina del doping" tale da permettere agli atleti l'utilizzo illecito di farmaci per il miglioramento delle proprie prestazioni. Il sistema era persino controllato dal Ministero dello Sport, con la partecipazione della RUSADA, del Centro di preparazione sportiva delle squadre nazionali della Russia ("CSP") e dei servizi di intelligence russi ("FSB").

Quanto al primo meccanismo, il sistema DPM funzionava nel seguente modo: il laboratorio di Mosca effettuava uno screening iniziale dei campioni prelevati dagli atleti russi. In caso di esito analitico avverso il numero del contenitore di raccolta, della data di prelievo, del sesso dell'atleta, della disciplina sportiva e dell'evento, nonché il profilo biologico dell'atleta, venivano comunicati a una persona

⁶ Si veda para. 27 del Lodo.

⁷ *WADA dismayed by latest doping allegations in Russian athletics*, www.wada-ama.org, 7 marzo 2016.

che svolgeva il ruolo di ponte⁸ e che, una volta risalita all'identità dell'atleta tramite la RUSADA, ne trasmetteva il profilo completo al viceministro dello sport Nagornykh, che emetteva l'ordine di "salvare" ovvero "mettere in quarantena" il campione positivo (c.d. "quarantine" o "save" order). Quando veniva diramato un "save order", il Laboratorio di Mosca interrompeva qualsivoglia operazione sul campione e lo registrava come negativo.⁹ A quel punto, il personale del laboratorio di Mosca manipolava il sistema di gestione delle informazioni di laboratorio (*Laboratory Information Management System*, di seguito "LIMS") in modo che riflettesse il medesimo risultato.¹⁰

In caso di "quarantine order", invece, il laboratorio procedeva a testare il campione in conformità a quanto previsto dagli International Standard for Laboratories ("ISL").¹¹

Quanto al secondo meccanismo, le alterazioni delle analisi e la relativa sostituzione con campioni puliti si verificavano grazie al ruolo di Irina Rodionova – facente parte della delegazione del Comitato Olimpico Russo ("COR") ai Giochi Olimpici di Sochi 2014 – e del Servizio federale per la sicurezza FSB. La prima riceveva campioni di urina pulita raccolti in diversi momenti della giornata e li conservava nel congelatore presso il Centro di Preparazione Olimpico russo (*Center of Sports Preparation of National Teams of Russia*, di seguito "CSP"). Detti campioni venivano poi analizzati da parte del dottor Rodchenkov per verificare che non fossero positivi.¹² I campioni di cui era confermata la negatività venivano catalogati con il nome di ogni atleta per essere poi consegnati al FSB che procedeva, segretamente, al trasporto di tali campioni da Mosca al congelatore di stoccaggio del FSB, sito accanto al laboratorio di Sochi, affinché venissero utilizzati durante i Giochi.¹³

Lo scambio dei campioni avveniva attraverso un passaggio che, dalla stanza del laboratorio di Sochi situata all'interno di un perimetro protetto, conduceva ad una sala operativa adiacente, al di fuori del perimetro di sicurezza.¹⁴

L'operazione aveva inizio normalmente quando un addetto al controllo antidoping raccoglieva il campione, sigillava il contenitore, completava il verbale di

⁸ Natalia Zhelanova, consigliere del ministro dello sport russo Vitaly Mutko su tutte le questioni relative all'antidoping, è stata la persona di collegamento dal 2012-2013. Secondo il dr. Rodchenkov, il processo di collegamento è stato approvato proprio dal vice-ministro dello sport Nagornykh.

⁹ Secondo i Rapporti McLaren, un totale dell'89% dei risultati positivi è stato inserito come risultato negativo.

¹⁰ Si veda McLaren Report 16 luglio 2016, 34.

¹¹ Gli atleti a cui era ordinato "SAVE" tendevano ad essere vincitori di medaglie o atleti promettenti. Agli atleti stranieri o agli atleti russi ritenuti poco promettenti, invece, era ordinato "QUARANTINE". Peraltro, le statistiche mostrano che il Ministero dello Sport ha effettuato ordini su 577 profili di atleta, con una distribuzione di oltre il 50% dei "SAVE" per gli atleti russi.

¹² McLaren Report 16 luglio 2016, 13.

¹³ *Idem* 97.

¹⁴ La bizzarra soluzione di far passare campioni sporchi attraverso un foro praticato tra la stanza del laboratorio e l'adiacente stanza "operativa" all'esterno dell'area sicura è stata suggerita dal secondo in comando del dottor Rodchenkov, Yuri Chizov.

prelievo (*Doping Control Form*, “DCF”) e successivamente scattava una foto del numero del contenitore. L’informazione veniva poi trasmessa a Irina Rodionova che la comunicava al dottor Rodchenkov, segnalando che l’urina di quel contenitore doveva essere sostituita.¹⁵

Dopodiché, i campioni degli atleti russi venivano spediti al laboratorio da parte del *Doping Control Manager* della RUSADA, Evgeny Antilsky, il quale ne dava notizia al capo del dipartimento di registrazione dei campioni, Evgeny Kudryavtsev.

Quest’ultimo, quindi, aspettava l’arrivo dei campioni, ne completava la consueta documentazione di ricezione e posizionava le bottiglie A e B su carrelli mobili separati.¹⁶

Al momento opportuno (solitamente verso mezzanotte, quando non c’erano altre persone nella stanza), Kudryavtsev passava i campioni A e B degli atleti protetti attraverso il predetto passaggio; i campioni venivano consegnati a Blokhin, un funzionario del FSB che aveva accesso al laboratorio, il quale prelevava i campioni B, per poi riportarli aperti (*i.e.* dopo la rimozione del relativo tappo). Lo stesso si occupava anche di portare al laboratorio l’urina pulita degli atleti dall’edificio dell’FSB.¹⁷

Con questi elementi, il dottor Rodchenkov e il suo team si liberavano del campione positivo e lo sostituivano con quello di urina pulita, che veniva alterato aggiungendo sale o acqua distillata, utilizzati affinché il nuovo campione avesse un peso specifico il più vicino possibile a quello registrato sul DCF al momento del prelievo.¹⁸

A quel punto, i nuovi flaconi venivano fatti passare nuovamente attraverso il passaggio nel muro, cosicché potessero essere regolarmente analizzati nei giorni successivi.¹⁹

Il 9 dicembre 2016, il Prof. McLaren ha consegnato un secondo rapporto (“Secondo Rapporto McLaren” e, congiuntamente al Primo Rapporto McLaren, i “Rapporti McLaren”) confermava l’esistenza di una struttura istituzionalizzata e volta al doping sistemico degli atleti russi.

¹⁵ McLaren Report, cit.,68.

¹⁶ Nel controllo antidoping condotto secondo il Codice mondiale antidoping, l’urina raccolta da un atleta è divisa in una bottiglia A e una bottiglia B. Viene inizialmente eseguito l’esame del campione A. Se viene rilevato un risultato sospetto, viene eseguita un’analisi di conferma sul campione A. Se l’atleta lo richiede, il flacone B viene aperto e viene eseguita un’analisi di conferma anche sull’urina in quel flacone.

¹⁷ McLaren Report, cit.70.

¹⁸ Il laboratorio accreditato alla WADA di Londra ha rinvenuto che, dei campioni rappresentativi forensi testati, 6 avevano un contenuto di sale superiore a quello che dovrebbe essere trovato nelle urine di un essere umano sano. L’esame forense per segni e graffi all’interno dei tappi delle bottiglie ha confermato che erano stati manomessi.

¹⁹ McLaren Report, cit. 72.

1.2 I Roadmap Requirements

Nel gennaio 2017, al fine di ricostruire un sistema antidoping credibile in Russia, la WADA ha sviluppato una serie di dettagliati criteri (“*Roadmap Requirements*”) che, se soddisfatti, avrebbero consentito di reintegrare la RUSADA nell’elenco degli enti firmatari conformi al Codice WADA.²⁰

I criteri sono stati modificati in più riprese e, il 10 ottobre 2017, la WADA ha confermato i nuovi criteri, tra cui il c.d. “*Data/Samples Requirement*”, vale a dire l’obbligo, per il governo russo, di fornire a soggetti autorizzati l’accesso ai campioni di urina conservati nel Laboratorio di Mosca, inclusi i dati informatici relativi a tutte le analisi condotte dal 2011 al 2015 nel laboratorio. Tale requisito era stato imposto dopo che la WADA aveva ricevuto, da parte di un informatore, un estratto dei dati LIMS del laboratorio di Mosca, in cui erano inclusi presunti esiti avversi (*i.e.* rilevazioni di presenza di sostanze vietate all’interno di un campione) che non erano stati riportati in ADAMS o seguiti da test di conferma.²¹

Nel mese di novembre 2017, il Presidente del ROC Zhukov e il Ministro dello Sport russo Kolobkov hanno comunicato alla WADA l’impossibilità di fornire accesso ai campioni del laboratorio di Mosca, in virtù dell’inizio di un’indagine penale da parte del Comitato Investigativo Russo, asserendo che la consegna di campioni, in quanto potenziali prove, si sarebbe posta in contrasto con la legge russa.

A seguito di tale comunicazione, il Comitato Indipendente WADA istituito per verificare la conformità della RUSADA ai summenzionati requisiti (*Independent Compliance Review Committee*, di seguito “CRC”) ha raccomandato che RUSADA venisse trattata come Firmatario non conforme fino a quando non fossero stati soddisfatti tutti i *Roadmap Requirements*.²²

Il 5 dicembre 2017, sulla base dei riscontri della “Commissione Schmid”, cui il CIO aveva richiesto di indagare su quanto riportato all’interno dei Rapporti McLaren, il CIO ha ufficialmente sospeso il COR e il relativo Presidente, comminando un’ammenda pari a 15 milioni di euro e vietando ai membri del Ministero dello Sport russo di assistere alle Olimpiadi Invernali di Pyeongchang del 2018, pur concedendo a quegli atleti russi che avessero dimostrato di non aver violato la normativa antidoping di partecipare ai Giochi Olimpici sotto la bandiera olimpica come “Atleti Olimpici dalla Russia”.²³

²⁰ Si veda para. 37 del Lodo.

²¹ Tale estratto è stato ricevuto dalla WADA nell’ottobre 2017 e si riferisce a campioni ottenuti nel periodo da gennaio 2012 ad agosto 2015.

²² Si vedano para. 38 e ss. del Lodo.

²³ *IOC’s olympic athlete from Russia implementation group releases guidelines for uniforms, accessories and equipment*, www.olympic.org, 20 dicembre 2017. Sul punto, il 9 febbraio 2018 il TAS ha rigettato il ricorso presentato il 6 febbraio 2018 da 32 atleti russi contro il CIO (CAS OG 18/02). Ha inoltre respinto la domanda presentata il 7 febbraio 2018 da 15 atleti e allenatori russi contro il CIO (CAS OG 18/03).

Nonostante la squalifica di due atleti russi per doping a Pyeongchang, al termine dei Giochi il CIO ha ritirato la sospensione della Russia.²⁴

Il 22 giugno 2018, la WADA ha inviato una lettera al Ministro Kolobkov, precisando che avrebbe potuto considerare il *Data/Sample Requirement*²⁵ soddisfatto qualora il Comitato Investigativo Russo avesse fornito (i) copia autentica dei dati LIMS del laboratorio di Mosca (“Dati di Mosca”) e dei dati analitici relativi ai test iniziali e di conferma effettuati sui campioni registrati in LIMS; (ii) accesso ai campioni identificati dai dati *sub* (i) come effettivi esiti analitici avversi, per poterli rianalizzare.

Il 20 settembre 2018, WADA ha deciso di tornare a includere la RUSADA tra i Firmatari del Programma Mondiale Antidoping conformi al Codice WADA, a condizione che il Ministero dello Sport russo e la RUSADA stessa fossero in grado di assicurare:

- i) che i Dati di Mosca venissero effettivamente consegnati a WADA entro il 31 dicembre 2018 (c.d. *Post-Reinstatement Data Requirement*);
- ii) che qualsiasi nuova analisi dei campioni richiesta dalla WADA a seguito della revisione dei Dati di Mosca fosse completata entro il 30 giugno 2019 (c.d. “*Post-Reinstatement Conditions*”).

La WADA ha in seguito fatto presente alla RUSADA e al Ministero dello Sport russo che le *Post Reinstatement Conditions* dovevano considerarsi “essenziali” ai sensi dello Standard internazionale per la conformità al Codice WADA da parte dei Firmatari (International Standard for Code Compliance by Signatories “ISCCS”), entrato in vigore il 1° aprile 2018.

1.3 I dati del laboratorio di Mosca

Quanto al requisito *sub* (i), dopo una serie di problemi legati all’impossibilità di concordare adeguate condizioni di accesso al laboratorio di Mosca, tra il 10 e il 17 gennaio 2019 un team di esperti della WADA ha finalmente avuto pieno accesso al laboratorio e ha estratto copia dei Dati di Mosca.²⁶

Inoltre, nell’aprile del 2019, le autorità russe hanno inviato alla WADA 2.262 campioni prelevati dal laboratorio di Mosca.²⁷

²⁴ IOC statement, www.olympic.org, 28 febbraio 2018.

²⁵ Si vedano para. 46 e ss. del Lodo.

²⁶ I dati grezzi sono il risultato dell’analisi del campione e indicano se è stata rilevata una sostanza. In un caso antidoping, i dati grezzi forniscono le prove più convincenti e sono superiori in questo senso ai dati del LIMS. Dai dati, il Dipartimento Intelligence & Investigazioni (I&I) della WADA ha identificato 298 atleti che presentavano dati sospetti. Di questi, i dati di 43 atleti sono stati inviati alle Federazioni Internazionali pertinenti, che hanno intentato procedimenti disciplinari per violazione delle regole antidoping. In aggiunta, l’I&I della WDA ha avviato un programma mirato di rianalisi dei campioni rimossi da Mosca.

²⁷ *World Anti-Doping Agency retrieves 2,262 samples from Russian lab*, www.bbc.com, 30 aprile 2019.

Ottenuti i dati, il 17 settembre 2019 la WADA ha aperto una procedura di conformità nei confronti della RUSADA a seguito dell'individuazione, da parte dell'*Intelligence and Investigations Department* ("I&I") della WADA e di esperti forensi indipendenti (ossia I&I e esperti definiti *WADA forensic experts*), di incongruenze nei dati recuperati dalla WADA nel gennaio 2019, nonostante la consegna degli stessi costituisse un requisito "essenziale" ai sensi del ISCCS.

Nel novembre 2019, sulla base dei rapporti prodotti dai *WADA Forensic Experts* a conclusione del loro esame, il CRC ha stabilito che i Dati di Mosca forniti alla WADA non erano autentici in quanto, in particolare alcuni erano stati rimossi, altri modificati e, inoltre, erano state adottate misure per nascondere queste manipolazioni mediante la retrodatazione dei file, affinché apparissero inalterati dal 2015.²⁸

Tale circostanza appariva una violazione del *Post-Reinstatement Data Requirement*. Di conseguenza, il CRC ha proposto l'irrogazione di sanzioni nei confronti della RUSADA.²⁹ Infatti, il 21 novembre 2019, il CRC ha raccomandato alla WADA di inviare alla RUSADA una formale comunicazione ai sensi dell'art. 23.5.4 del Codice WADA (a seguito delle modifiche introdotte nel 2018, questa edizione di seguito definita come "Codice WADA 2018") e dell'art. 9.5.4.2 ISCCS, nella quale si dichiarasse la non conformità della RUSADA ai requisiti imposti dalla WADA, proponendo le relative sanzioni e le condizioni per il ripristino dello status di Firmatario conforme al Codice WADA (*CRC Recommendations*).³⁰

Il 9 dicembre 2019, WADA ha approvato le *CRC Recommendations* e inviato una dichiarazione di non conformità alla RUSADA.³¹

Quest'ultima ha riscontrato e contestato tale dichiarazione in data 27 dicembre 2019, ai sensi dell'art. 23.5.6 WADC 2018 e dell'art. 10.4.1 ISCCS.

²⁸ In particolare, mentre la copia del 2019 del database del LIMS corrisponde per molti aspetti alla copia del 2015 del database LIMS fornita alla WADA da un informatore nel 2017, centinaia di presunti risultati analitici negativi che compaiono nella copia del 2015 del database LIMS sono stati rimossi dalla copia del 2019 e i relativi dati grezzi e file PDF sottostanti sono stati eliminati o modificati. Questa convinzione deriva principalmente dal fatto che alcuni dati relativi agli anni passati ottenuti grazie ad un informatore non combaciano con i dati relativi alla stessa data forniti dall'agenzia russa. La WADA sostiene inoltre che tra dicembre 2018 e gennaio 2019, quando sono state richieste spiegazioni riguardanti le incongruenze, la RUSADA abbia nuovamente modificato i dati allo scopo di insabbiare le prime alterazioni. Infine, la WADA sospetta che alcune prove siano state create per addossare la colpa di tutto al dottor Rodchenkov e a due co-conspiratori, i quali, secondo la versione delle autorità russe, avrebbero falsificato le voci nel database LIMS di Mosca come parte di un piano per estorcere denaro agli atleti.

²⁹ *WADA Compliance Review Committee recommends series of strong consequences for RUSADA non-compliance*, www.wada-ama.org, 25 novembre 2019.

³⁰ Si veda para. 64 del Lodo.

³¹ *WADA Executive Committee unanimously endorses four-year period of non-compliance for the Russian Anti-Doping Agency*, www.wada-ama.org, 9 dicembre 2019. Tuttavia, l'atleta russo che può provare la sua innocenza, ossia può dimostrare di non essere stato coinvolto nel programma di doping istituzionalizzato e che i suoi dati non facevano parte della manipolazione, sarà autorizzato a gareggiare. In questa circostanza essi parteciperebbero come atleti indipendenti.

2. *Il procedimento dinanzi al TAS*

Il 9 gennaio 2020, la WADA ha presentato domanda di arbitrato al TAS ai sensi dell'art. R38 del relativo codice (*Code of Sports-related Arbitration*, di seguito "Codice TAS") contro la RUSADA, affinché il TAS accertasse la non conformità della RUSADA al Codice WADA e irrogasse le sanzioni opportune, alla luce della mancata trasmissione di Dati di Mosca completi e autentici. Successivamente, il TAS ha autorizzato Comitato Olimpico Internazionale ("CIO"), Comitato Paralimpico Internazionale ("CPI"), COR e Comitato Paralimpico Russo ("CPR"), nonché un gruppo complessivo di 44 atleti (divisi in due gruppi di 33 e 11 atleti), a intervenire nel procedimento ai sensi dell'art. R41.4 del Codice TAS.³²

Alla luce delle richieste formulate dalla WADA e degli argomenti difensivi della RUSADA, nonché delle posizioni delle altre parti intervenute, il Collegio TAS ha dovuto esaminare, in particolare, le seguenti questioni:

- i) validità dell'ISCCS e sua applicabilità al caso di specie;
- ii) (in)adempimento della RUSADA agli obblighi di consegna dei Dati di Mosca;
- iii) "conseguenze" e condizioni di "reinserimento" tra i Firmatari conformi al Codice WADA.

Per comprendere il ragionamento seguito dal Collegio, è opportuno procedere con un breve riepilogo delle richieste formulate dalle parti.

2.1 *La posizione della WADA*

La WADA ha richiesto al TAS:

- a) L'accertamento della non conformità della RUSADA, alla luce della mancata trasmissione di copia autentica dei Dati di Mosca;
- b) L'applicazione delle seguenti "conseguenze", da applicarsi dalla data del lodo e per un periodo di quattro anni:
 - l'esclusione dei rappresentanti del governo russo dai consigli o comitati o da qualsiasi altro organo di un Firmatario, nonché dalla partecipazione ai Giochi Olimpici e Paralimpici, ai Campionati Mondiali, ai Giochi olimpici giovanili e a qualsiasi altro evento organizzato da una Major Event Organisation;
 - il divieto per la Russia di ospitare, nonché di candidarsi quale Paese ospitante, i summenzionati eventi;
 - il divieto di esporre la bandiera russa (attuale e/o storica) e di suonare l'inno russo nelle sedi ufficiali degli eventi suesposti;
 - l'esclusione dei membri del COR e del CPR dal partecipare o assistere ai Giochi Olimpici e Paralimpici, ai Campionati Mondiali, ai Giochi olimpici giovanili e a qualsiasi altro evento organizzato da una Major Event Organisation;

³² Si veda para. 13 del Lodo.

- la possibilità, per gli atleti della nazionale russa e il relativo personale di supporto, di partecipare agli eventi di cui sopra (in modalità “neutrale”, ossia non in rappresentanza della Russia) solo se siano in grado di dimostrare la loro estraneità rispetto ai fatti che hanno dato luogo alla situazione di non-conformità della RUSADA; la partecipazione “in via neutrale” dovrà seguire alcuni criteri, che dovranno riflettersi all’interno del lodo TAS:
 - il nome “Russia” (e eventuali sinonimi) non potrà apparire e essere utilizzato, in qualsiasi lingua o formato, per identificare atleti russi o il relativo personale di supporto (o la rappresentativa nazionale);
 - gli atleti russi e il relativo personale di supporto dovranno indossare divise che non riportino simboli riconducibili alla Russia;
 - gli atleti russi e il relativo personale di supporto e non potranno mostrare pubblicamente la bandiera russa e i relativi colori (in qualsivoglia combinazione) o altri simboli nazionali riconducibili alla Russia in qualsiasi area ufficiale nel corso degli eventi;
 - non si potrà cantare o suonare l’inno russo (o altri inni legati alla Russia) durante gli eventi ufficiali (ivi incluse le cerimonie di apertura e chiusura degli eventi e quelle di premiazione).
- l’irrogazione di una sanzione pecuniaria nei confronti della RUSADA pari a 100.000,00 dollari o al 10% dei ricavi del 2019 della RUSADA.
- c) L’imposizione delle seguenti condizioni di reinserimento:
 - il pagamento da parte della RUSADA di tutti i costi sostenuti da WADA e da qualsiasi altra organizzazione antidoping a partire da gennaio 2019 fino alla data del lodo TAS per indagare sull’autenticità dei Dati di Mosca;
 - lo svolgimento di un’indagine da parte della RUSADA, sotto la supervisione del Dipartimento I&I, sui casi interessati dalle cancellazioni e/o alterazioni dei Dati di Mosca, nonché di tutte le operazioni necessarie per localizzare i dati autentici relativi a tali casi, in modo da procedere a rettificare le informazioni non corrette;
 - il supporto (incluse attività di ricerca informazioni e/o altre attività investigative, di verbali di prelievo o documenti relativi alla catena di custodia dei campioni) richiesto da parte della WADA o di altre organizzazioni antidoping al fine di determinare se gli atleti russi i cui campioni sono registrati nei dati LIMS forniti alla WADA da parte di un informatore nel 2017 fossero responsabili di violazioni delle norme antidoping;
 - RUSADA dovrà dimostrare alla WADA la propria indipendenza e l’assenza di ingerenze esterne per un periodo di quattro anni. A tal fine, è richiesto l’ingresso di un osservatore nel Consiglio di vigilanza della RUSADA, nonché la redazione, da parte del Direttore generale della RUSADA, di rapporti trimestrali che confermino il rispetto dell’indipendenza della RUSADA da parte delle autorità russe nonché l’assenza di tentativi di ingerenza;
 - il rimborso alla WADA dei costi sostenuti fino alla data di reintegrazione della RUSADA, inclusi i costi sostenuti per implementare le misure di reinserimento e per sorvegliarne l’applicazione.

2.2 *La posizione della RUSADA*

La RUSADA ha richiesto al TAS, in particolare, di:

- a) accertare la non corretta costituzione del collegio arbitrale e la conseguente carenza di giurisdizione del TAS;
- b) dichiarare inammissibili le richieste nn. 3 e 4 della WADA (vale a dire “conseguenze” e condizioni di reinserimento);
- c) dichiarare che non sarà imposta alcuna “conseguenza” ovvero in alternativa che le “conseguenze” di cui alle *CRC Recommendations* non saranno imposte;
- d) accertare che RUSADA ha adempiuto a tutte le condizioni imposte dalla WADA (incluse le *Post Reinstatement Conditions*), ammesso che quest’ultima avesse il diritto di imporle;
- e) accertare che le “conseguenze” non saranno applicate ai non Firmatari, inclusi in particolare: (i) la Federazione Russa e i suoi rappresentanti, (ii) rappresentanti di ROC e RPC e (iii) atleti russi e relativo personale di supporto;
- f) imporre al Comitato Esecutivo della WADA il reinserimento della RUSADA;
- g) rigettare tutte le altre richieste della WADA;
- h) condannare la WADA alle spese.³³

2.3 *Questioni procedurali*

2.3.1 *La giurisdizione del TAS*

La WADA ha basato la propria azione sull’art. 23.5.6 del Codice WADA 2018 e sull’art. 10.4.1 dell’ISCCS, norme che prevedono la giurisdizione del TAS in casi come quello in esame.

Entrambi gli articoli disciplinano l’ipotesi in cui un Firmatario desideri contestare la caratterizzazione come soggetto non conforme da parte della WADA e/o le “conseguenze” e/o le condizioni di reinserimento proposte dalla WADA e prevedono, in tal caso, che la WADA si rivolga alla Ordinary Division del TAS per risolvere la controversia.

La RUSADA, invece, ha sostenuto la carenza di giurisdizione del TAS fondandola sull’invalidità ovvero sul mancato consenso all’applicazione del Codice WADA 2018 e dell’ISCCS, argomenti non ritenuti fondati da parte del Collegio (che ha dunque affermato la propria giurisdizione sul caso di specie) e che verranno trattati nel dettaglio nel prosieguo della presente disamina.

Quanto alle eccezioni relative alla composizione del Collegio Arbitrale, formulate sia dalla RUSADA che dalle parti intervenute e ritenute infondate, di seguito si riportano gli aspetti di maggiore interesse:

³³ Si veda para. 239 del Lodo.

- il Collegio ha ritenuto non fondato l’argomento secondo cui le altre parti interessate e intervenute avrebbero dovuto essere rese partecipi del processo di formazione del Collegio ai sensi dell’art. 179 PILA che prevede, per la nomina degli arbitri, l’accordo delle parti; invero, il Collegio ha ritenuto che al fine della “partecipazione” delle parti interessate al processo di costituzione del Collegio arbitrale ai sensi dell’art. R41.4 para. 3 del Codice TAS non rilevi il momento di deposito del relativo atto di intervento, bensì quello in cui il Presidente della Ordinary Division ritiene ammissibile detto intervento;³⁴ peraltro, il riferimento è al Presidente della Division (e non dunque al Presidente del Collegio arbitrale) e, quindi, all’ipotesi in cui l’intervento venga ammesso prima della costituzione del Collegio arbitrale; nel caso di specie, gli interventi di COR e CPR sono stati ammessi solo successivamente alla costituzione del Collegio arbitrale e, pertanto, non trova applicazione la prerogativa di cui all’art. R41.4 para. 3;
- non è stata ritenuta fondata l’eccezione di carenza di indipendenza e imparzialità del Presidente del Collegio, scelto dai due arbitri nominati dalle parti tra quelli elencati in una “*special list*” dedicata alle controversie *ex art. 23.5 Codice WADA 2018*;
- non è altresì stata ritenuta fondata l’eccezione secondo cui il COR o il CPR avrebbero dovuto essere convenuti nel procedimento TAS, posto che, sebbene le “*consequences*” eventualmente imposte a RUSADA avranno ripercussioni anche su COR e CPR, questi ultimi non sono stati oggetto di contestazioni di non conformità e, pertanto, non sono litisconsorti necessari nel procedimento.

2.3.2 *Le modalità del giusto processo*

Il TAS ha respinto l’argomento della RUSADA secondo cui non le era stato fornito tempo sufficiente per intraprendere l’analisi dell’autenticità e dell’integrità della copia LIMS 2015.

In primo luogo, il TAS ha evidenziato la lunga collaborazione (durata diversi mesi) degli esperti forensi della WADA con gli esperti forensi russi, i quali avevano accesso ai Dati di Mosca.

In secondo luogo, nonostante avesse ricevuto i Dati di Mosca nel febbraio 2020, all’udienza del novembre 2020 la RUSADA non ha intrapreso iniziative per tentare di analizzare tali dati.³⁵

Un certo numero di parti intervenienti ha anche sollevato obiezioni sul fatto che non erano stati loro forniti i Dati di Mosca. Tuttavia, tali obiezioni sono state respinte dal TAS in quanto il procedimento era stato avviato dalla WADA contro la RUSADA al fine esclusivo di accertare la non conformità della RUSADA.

³⁴ L’art. R41.4 para. 3 del Codice TAS, infatti, prevede quanto segue “*If the President of the Division accepts the participation of the third party, CAS shall proceed with the formation of the Panel*” (sottolineatura aggiunta).

³⁵ Si veda para. 532 del Lodo.

2.3.3 Ricevibilità delle richieste emendate dalla WADA

Il TAS ha accolto l'argomento della WADA – la quale aveva parzialmente modificato le proprie iniziali richieste – secondo cui la specifica modifica del *petitum* non era vietata dall'art. R44.1 del codice TAS poiché l'effetto sostanziale delle modifiche era quello di chiarire e limitare la portata delle richieste stesse. Pertanto, non costituivano una “nuova domanda”.

3. Analisi del merito

3.1 Forza vincolante del Codice WADA e dell'ISCCS

La validità del Codice WADA (in vigore nel 2018) e dell'ISCCS, nonché la loro vincolatività nei confronti della RUSADA sono l'argomento centrale del lodo e, pertanto, meritano un'approfondita disamina.

Il Collegio Arbitrale, sul punto, ha ritenuto che il Codice WADA e l'ISCCS fossero perfettamente validi e vincolanti nei confronti della RUSADA, per i motivi di seguito analizzati.

3.1.1 Consenso della RUSADA

La RUSADA ha sostenuto che il Codice WADA e l'ISCCS hanno introdotto un nuovo regime che ha ridefinito il ruolo della WADA, e che quindi tali modifiche si sarebbero potute considerare vincolanti solo con un consenso esplicito espresso dalla RUSADA. Sul punto, sia gli esperti della WADA che quelli della RUSADA hanno convenuto che, ai sensi della legge svizzera, il silenzio di per sé non può essere interpretato come consenso, ma che quest'ultimo potrebbe essere desunto dalla condotta delle parti.

La WADA ha comunque replicato affermando che la tesi secondo cui la RUSADA non fosse vincolata all'ISCCS rappresentasse un costrutto giuridico *ex post facto* e senza fondamento, in quanto l'agenzia russa, così come il COR e il CPR, non si era mai opposta all'ISCCS prima di essere dichiarata non conforme allo stesso.

Per la WADA, accettare l'argomentazione della RUSADA avrebbe quindi significato che un Firmatario, pur non avendo mai sollevato obiezioni all'ISCCS, potesse, di fronte a un procedimento per non conformità, semplicemente, affermare di non esserne vincolata. Se così fosse, non vi sarebbe alcuna certezza sulle regole vincolanti per i Firmatari.³⁶

Peraltro, il Codice prevede che la WADA stipuli accordi contrattuali identici e paralleli con ciascun Firmatario. In caso contrario, infatti, non vi sarebbe parità di condizioni per gli atleti, e ciò minerebbe lo scopo del Codice, ossia garantire programmi antidoping armonizzati, coordinati ed efficaci a livello internazionale e

³⁶ Si veda para. 554 del Lodo.

nazionale per quanto riguarda l'individuazione, la deterrenza e la prevenzione del doping.³⁷

Inoltre, la RUSADA ha sostenuto di non aver accettato i "Post-Reinstatement Data Requirement" in quanto non era stata coinvolta nei negoziati tra la WADA e il Ministero dello sport russo per quanto riguarda la sua reintegrazione fino a settembre 2018. Sul punto, tuttavia, il TAS ha ritenuto inconcepibile che il Ministro dello sport russe avesse agito in modo difforme agli interessi della RUSADA e senza la conoscenza e la collaborazione della stessa durante detta fase.

Infine, il TAS ha posto in evidenza il fatto che sebbene la RUSADA non avesse espressamente prestato il proprio consenso al Codice WADA del 2009 e del 2015, mai ne aveva contestato la vincolatività, concludendo pertanto che la RUSADA avesse acconsentito e fosse quindi vincolata al rispetto del Codice WADA in vigore nel 2018.³⁸

3.1.2 *L'art. 27, para. 2, del codice civile svizzero*

La RUSADA ha sostenuto che il meccanismo che autorizza la WADA a riscrivere unilateralmente il rapporto contrattuale tra le parti e a imporre sanzioni ai suoi Firmatari si configura come un meccanismo contrario all'art 27, para. 2, del codice civile svizzero,³⁹ in quanto tali sanzioni non sarebbero determinabili o prevedibili per i Firmatari del Codice WADA.

In merito, come detto, il Collegio TAS ha tuttavia considerato che la RUSADA, avesse acconsentito al Codice WADA e all'ISCCS con una condotta assertiva, accettando quindi di essere vincolata dalle norme del Codice WADA 2015 che prevedevano conseguenze per i Firmatari in caso di inadempienza.⁴⁰ In

³⁷ Ciò si evince anche dagli articoli 4.1 e 4.6 dello Statuto WADA, i quali stabiliscono che l'oggetto Fondazione è: "1. to promote and coordinate at international level the fight against doping in sport in all its forms including through in and out-of-competition; to this end, the Foundation will cooperate with intergovernmental organizations, governments, public authorities and other public and private bodies fighting against doping in sport, inter alia the International Olympic Committee (IOC), International Sports Federations (IF), National Olympic Committees (NOC) and the athletes; it will seek and obtain from all of the above the moral and political commitment to follow its recommendations;

6. to promote harmonized rules, disciplinary procedures, sanctions and other means of combating doping in sport, and contribute to the unification thereof, taking into account the rights of the athletes".

³⁸ Si veda para. 563 del Lodo.

³⁹ L'art. 27, para. 2, prevede che "nessuno può rinunciare alla propria libertà o limitarne l'uso a un grado che viola la legge o la morale pubblica".

⁴⁰ L'art. 23.6 del WADC 2015 prevedeva "La mancata osservanza del Codice da parte di qualsiasi Firmatario può comportare conseguenze oltre alla non idoneità a presentare offerte per Eventi come stabilito negli Articoli 20.1.8 (Comitato Olimpico Internazionale), 20.3.11 (Federazioni Internazionali) e 20.6.6 (Organizzazioni di Grandi Eventi), ad esempio: decadenza da incarichi e incarichi all'interno della WADA; Ineleggibilità o mancata ammissione di qualsiasi candidatura a

tale ottica, il Collegio TAS non ha ravvisato violazioni dell'art. 27, para. 2, del codice civile svizzero, fattispecie che si verificherebbe, semmai, laddove una delle parti venisse lasciata del tutto soggetta a determinazioni arbitrarie dell'altra parte.

3.2 *Applicabilità della procedura accelerata di cui all'art. 9.5 dell'ISCCS*

L'art. 9.5 dell'ISCCS prevede una "procedura accelerata" in base alla quale la non conformità di un Firmatario con il Codice WADA possa essere deferita al CRC per un esame urgente.⁴¹

L'art. 9.5.1 dell'ISCCS, a sua volta, prevede che la procedura accelerata di cui al precedente art. 9.5 si applichi sia nel caso in cui un Firmatario non sia conforme con uno o più requisiti "determinanti" del Codice e/o degli Standard Internazionali, sia qualora sia necessario un intervento urgente per mantenere la fiducia nell'integrità di uno o più sport e/o di un particolare Evento o Eventi.

La WADA ha classificato come "cruciale" il requisito dei "Post-Reinstatement Data". In merito, è interessante notare che ai sensi dell'art. 4.3 dell'ISCCS si identifica come fondamentale un "*considered as important to the fight against doping in sport*"⁴² e si rinvia all'Annex A per esempi, non esaustivi, di ciascuna categoria di requisiti.

Il TAS ha valutato corretta la classificazione come "cruciale" del requisito dei "Post-Reinstatement Data" poiché fondamentale per la lotta al doping nello sport, ed ha ritenuto sussistente la necessità di un intervento urgente in considerazione sia degli imminenti (all'epoca) Giochi Olimpici e Paralimpici di Tokyo, che dei risultati della Commissione Indipendente WADA e dei Rapporti McLaren.

3.3 *L'obbligo della RUSADA di rispettare il Post-Reinstatement Data Requirement*

Come stabilito nella lettera del 25 settembre 2018 indirizzata dalla WADA alla RUSADA, l'obbligo di rispettare il *Post-Reinstatement Data Requirement* prevedeva che: "*RUSADA and the Russian Ministry of Sport must procure*

tenere un Evento Internazionale in un paese; cancellazione di eventi internazionali; conseguenze simboliche e altre conseguenze ai sensi della Carta Olimpica" (trad.).

⁴¹ Ai sensi dell'art. 9.5.3 "*la direzione della WADA deve dare al Firmatario pertinente l'opportunità di spiegare l'apparente non conformità entro un termine specificato e comunicare qualsiasi spiegazione alla CRC*".

Ai sensi dell'art. 9.5.4.3 "*Se il CRC ritiene che sia necessaria la procedura accelerata, può raccomandare al Comitato Esecutivo della WADA di inviare un avviso formale di non conformità al Firmatario identificando le eventuali conseguenze proposte o condizioni di ripristino*".

⁴² Si veda para. 145 del Lodo (trad. "*requisito considerato importante per la lotta al doping nello sport*").

that the authentic LIMS data and underlying analytical data of the former Moscow Laboratory set out in the WADA President's letter of 22 June 2018 are received by WADA by no later than 31 December 2018".⁴³

La WADA ha quindi sostenuto la responsabilità della RUSADA per la mancata consegna dei dati autentici di Mosca. In particolare, la WADA ha segnalato come sia essenziale per l'Agencia Mondiale intraprendere azioni in grado di colpire terzi e scoraggiare simili interferenze in futuro, ossia laddove alle NADO sia impedito di fornire programmi antidoping efficaci a causa di atti o omissioni di autorità pubbliche,⁴⁴ ovvero terzi non soggetti al Codice.

La RUSADA ha fatto riferimento all'art. 12.1 del Codice WADA per sfuggire a questa sorta di responsabilità oggettiva, affermando che la WADA può procedere contro un Firmatario solo per mancato rispetto dei propri obblighi, non potendo viceversa il Firmatario essere sanzionato per inadempienze di terzi.⁴⁵

Tuttavia, il TAS ha reputato valido e vincolante per la RUSADA il requisito dei "Post-Reinstatement Data". Il collegio arbitrale ha infatti considerato validi gli obblighi contrattuali di ottenere un determinato risultato anche nell'ipotesi in cui ciò non sia esclusivamente sotto il controllo del soggetto obbligato, indipendentemente dalla buona fede e dagli sforzi del soggetto stesso. In effetti, il Codice WADA 2015 prevedeva, all'art. 22.8, possibili conseguenze per i Firmatari in caso di mancata ratifica da parte di uno Stato della Convenzione internazionale dell'UNESCO contro il doping nello sport. Ciò a dimostrazione che il Codice già prevedeva delle conseguenze per azioni al di fuori del controllo dei Firmatari.

Inoltre, il TAS ha rimarcato la natura e la portata delle violazioni antidoping in Russia, le quali hanno dimostrato come terze parti possano interferire e corrompere il programma, nonché le procedure antidoping. Pertanto, affinché la WADA sia in grado di prevenire questi abusi e proteggere lo sport pulito, è necessario agire attraverso i suoi Firmatari, se necessario sulla base di una responsabilità oggettiva.

⁴³ Si veda para. 587 del Lodo (trad. "RUSADA e il Ministero dello sport russo devono far sì che i dati LIMS autentici e i dati analitici dell'ex laboratorio di Mosca indicati nella lettera del presidente della WADA del 22 giugno 2018 siano ricevuti dalla WADA entro e non oltre il 31 dicembre 2018").

⁴⁴ Rileva l'art. 9.4.3 dell'ISSCC, il quale stabilisce che i firmatari non possono sfuggire al mancato rispetto e alle conseguenze applicabili, tentando di imputare la colpa ad altre parti (compresa l'interferenza del governo o di altre autorità pubbliche ai sensi dell'art. 9.4.3.1 dell'ISSCC): i dati di Mosca erano sotto la supervisione del Comitato investigativo russo, che è un comitato investigativo federale sotto la diretta supervisione del Presidente della Federazione Russa.

⁴⁵ L'art. 12.1 del WADC 2018 prevede: L'ISSCC stabilisce quando e come la WADA può procedere contro un firmatario per mancato rispetto dei suoi obblighi ai sensi del Codice e/o degli standard internazionali e identifica la gamma di possibili sanzioni che possono essere imposte al firmatario per tale inadempienza.

3.4 *La non conformità della RUSADA con il Post-Reinstatement Data Requirement*

Il TAS ha ritenuto la RUSADA non conforme poiché la WADA non è riuscita a ottenere i dati autentici di Mosca. Infatti, prima di essere recuperati dalla WADA nel gennaio 2019, e anche durante la fase di recupero, i Dati di Mosca erano stati sottoposti ad alterazioni, modifiche e cancellazioni al fine di rimuovere o offuscare le prove di attività improprie svolte dal laboratorio di Mosca, come indicato nei Rapporti McLaren, o per interferire con le analisi WADA dei Dati di Mosca.

Le alterazioni, le modifiche e le cancellazioni si sono verificate tra novembre 2018 e gennaio 2019, ossia mentre il laboratorio di Mosca era sotto il controllo del Comitato investigativo russo, che in precedenza aveva impedito l'accesso della WADA al laboratorio sulla base di un'indagine penale in corso.

3.5 *Lo standard di prova*

L'art. 23.5.6 del Codice WADA 2018 e l'art. 10.4.2 dell'ISCCS prevedono che, nei procedimenti di inadempienza del Firmatario dinanzi al TAS, "*WADA shall have the burden of proving, on the balance of probabilities, that the Signatory is non-compliant*"⁴⁶ e pertanto, nel valutare se la RUSADA abbia rispettato il requisito dei "*Post-Reinstatement Data*", il collegio ha applicato detto standard.

3.6 *Manipolazione dei Dati di Mosca*

Nella propria analisi, il TAS ha valutato che:

- il 17 dicembre 2018, il sistema LIMS è stato retrodatato prima al 12 novembre 2015 e, successivamente, all'11 agosto 2015, di fatto azzerando il disco primario con sovra-iscrizione dello spazio libero sul disco e rendendo irrecuperabili le tracce di precedenti comandi, attività o dati precedentemente eliminati. Infatti, è emerso che i log dei comandi che registravano il comando di azzeramento rispetto al disco primario, il comando per retrodatare il sistema LIMS all'11 agosto 2015 e i comandi per formattare il disco secondario sono stati tutti eliminati;
- tra il 1° e il 9 gennaio 2019, sono stati eliminati 19.982 file e cartelle dal server LIMS nonché i database LIMS del 2008, 2009, 2010 e 2011, mentre il sistema LIMS è stato retrodatato al 23 maggio 2015. Sebbene fosse retrodatato, il database LIMS esistente era stato sostituito con una versione precedente, in modo da far credere che la versione precedente fosse sul sistema LIMS dal 23 maggio 2015;

⁴⁶ Si veda para. 618 del Lodo (trad. "*la WADA avrà l'onere di provare, secondo il balance of probabilities standard, che il Firmatario non è conforme*").

- il 16 gennaio 2019, Server One (un server separato nel Laboratorio di Mosca composto da sei dischi) è stato retrodatato al 19 agosto 2015. Contemporaneamente, è stato formattato un disco secondario su Server One ed è stato eseguito un comando di azzeramento per sovrascrivere lo spazio libero sul disco primario sul Server One. In seguito, i log dei comandi che registrano il comando di azzeramento sono stati cancellati.

Le osservazioni della WADA circa la rilevanza delle prove di fabbricazione, modifica e cancellazione dei messaggi del forum nel database LIMS quale indizio più evidente della non conformità della RUSADA sono state quindi accolte dal TAS. Infatti, data la natura delle differenze tra i messaggi del forum nella copia LIMS 2015 e nel LIMS 2019, è apparso chiaro che la manipolazione dei messaggi del forum fosse stata effettuata al duplice scopo di: i) creare la falsa impressione che il personale del laboratorio stesse manipolando i dati LIMS per estorcere denaro dagli atleti sotto la minaccia di un'accusa di doping; ii) rimuovere i messaggi incriminanti inviati da altro personale di laboratorio.

Accertati la manipolazione dei messaggi del forum, la inattendibilità delle spiegazioni fornite dal personale del laboratorio, nonché l'entità delle attività e delle cancellazioni dei Dati di Mosca nel dicembre 2018 e nel gennaio 2019, il TAS è giunto alla conclusione che la manipolazione dei Dati di Mosca fosse stata effettuata allo scopo di mitigare o evitare le conseguenze relative alle attività di doping individuate dalla Commissione indipendente WADA e dai Rapporti McLaren.

Infatti, il TAS ha specificato che:

- né RUSADA né i suoi esperti sono riusciti a fornire prove che abbiano effettivamente messo in discussione le conclusioni degli esperti WADA;
- RUSADA non è riuscita a procurarsi una copia autentica dei Dati di Mosca e quindi non ha rispettato il requisito dei "Post-Reinstatement Data".

Pertanto, RUSADA è stata dichiarata non conforme al Codice WADA in vigore nel 2018.

3.7 *Conseguenze per il Firmatario e condizioni di reintegrazione*

Secondo la giurisprudenza consolidata del TAS, i tre elementi caratteristici di una sanzione disciplinare sono: (i) le conseguenze negative; (ii) la finalità punitiva; (iii) il comportamento scorretto del destinatario della sanzione. Tali elementi si riscontrano sia nel caso CAS 2007/O/1381 RFEC & Valverde v. UCI (ove l'Arbitro Unico ha descritto l'essenza di una sanzione disciplinare nei seguenti termini: "*les associations sportives peuvent adopter des règles qui interdisent la participation à une compétition en raison d'un comportement préalable indésirable de l'athlète. In ne s'agit donc pas de règles de qualification proprement dit, mais de règles qui on en commun de sanctionner un comportement de l'athlète antérieur à sa participation à l'épreuve*",⁴⁷ sia nel

⁴⁷ Si veda para. 39 di detto lodo (trad. "*le associazioni sportive possono adottare regole che vietano la partecipazione a una competizione a causa del precedente comportamento indesiderato dell'atleta.*")

caso CAS 2017/A/5498 Vitaly Mutko c. IOC, ove si pone la distinzione tra regole di ammissibilità e sanzioni, sostenendo che le prime “*are those that serve to facilitate the organization of an event and to ensure that the athlete meets the performance ability requirement for the type of competition in question [...] In contrast to qualifying rules are the rules that bar an athlete from participating and taking part in a competition due to prior undesirable behaviour on the part of the athlete. Such a rule, whose objective is to sanction the athlete’s prior behaviour by barring participation in the event because of that behaviour, imposes a sanction*”.⁴⁸ Viceversa, una regola che impedisce a un individuo di partecipare a un evento a causa di un (illegittimo) comportamento precedente si qualifica come una sanzione.

Peraltro, numerosi casi hanno evidenziato come le misure atte ad escludere un club dalla competizione relativamente ad attività di match-fixing non siano sanzioni in senso stretto poiché, nonostante i significativi effetti negativi sul club, lo scopo della norma non è sanzionare il club quanto proteggere l’integrità della competizione sportiva.⁴⁹

La WADA ha sostenuto che anche laddove si possa affermare che le conseguenze per il Firmatario abbiano un effetto negativo su terzi (come gli atleti), non si tratterebbe di misure disciplinari o sanzioni dirette nei confronti di quegli atleti perché non sono una risposta a una presunta violazione delle regole da parte degli stessi.

Il TAS ha sottolineato l’esistenza di diversi esempi di giustificabile “discriminazione” basata sulla nazionalità, in particolare in relazione ai club di calcio europei. Lo scopo di tali misure era di determinare un cambiamento comportamentale tra i tifosi di calcio. Dunque, così come l’esclusione dei club inglesi dalle competizioni europee è servita allo scopo, le misure contro gli atleti e i funzionari russi risulterebbero giustificate al fine di apportare cambiamenti comportamentali e sistemici in relazione alla lotta contro il doping in Russia.

Infine, si è fatto riferimento alla giurisprudenza del TAS relativa ai Giochi Olimpici di Rio 2016, quando il Comitato Esecutivo del CIO aveva stabilito che gli atleti sarebbero stati ammessi ai Giochi solo se la Federazione Internazionale di appartenenza avesse escluso che fossero implicati nelle evidenze dei Rapporti McLaren. Un certo numero di decisioni del TAS ha ritenuto che l’ineleggibilità degli atleti basata sull’attuazione di questa decisione del CIO non fosse una sanzione

Queste non sono regole di ammissibilità in senso stretto ma piuttosto regole che hanno la caratteristica comune di sanzionare il comportamento di un atleta che si è verificato prima della sua partecipazione alla manifestazione”.

⁴⁸ Si veda para. 50 di detto lodo (trad. “*sono quelle che servono a facilitare l’organizzazione di un evento e a garantire che l’atleta soddisfi il requisito di capacità di prestazione per il tipo di competizione in questione [...] non sanzionano comportamenti indesiderabili da parte degli atleti. Le regole di qualificazione definiscono alcuni attributi richiesti agli atleti che desiderano essere ammessi a competere e alcune formalità che devono essere soddisfatte per competere*”.

⁴⁹ Cfr. CAS 2014/A/3635 *Sivasspor Kulübü v. UEFA*; CAS 2016/A/4642 *Phnom Penh Crown Football Club v. AFC*.

disciplinare.⁵⁰ Allo stesso modo, in occasione dei Giochi Olimpici di PyeongChang 2018, il TAS ha dichiarato che l'esclusione degli atleti dagli stessi per il semplice fatto che fossero stati menzionati in circostanze incriminanti nel database non potesse essere descritta come una sanzione, quanto piuttosto come una decisione di ammissibilità.⁵¹

Per tali motivi, il TAS ha ritenuto che le conseguenze per il Firmatario proposte dalla WADA ai sensi dell'ISCCS (ad esclusione della multa a RUSADA) non fossero sanzioni precisando che “*any adverse effects of the Signatory Consequences on third parties must be considered in light of proportionality*”.⁵²

3.8 Commenti sulle conseguenze per il Firmatario

In applicazione dell'art. 23.5.6. del Codice WADA 2018,⁵³ il TAS ha ritenuto necessaria l'imposizione di gravi conseguenze in considerazione del tentativo della RUSADA di: i) occultare le prove di doping e del sistema anti-rilevamento; ii) scagionare le autorità russe coinvolte; iii) incolpare gli informatori; iv) distruggere le prove che potevano essere utilizzate per perseguire i casi di antidoping coperti dal regime.

Lo scopo non è solo quello di tutelare la lotta al doping, ma anche quello di proteggere gli atleti russi e la trasparenza dello sport russo in generale nonché al fine di “*maintaining the confidence of athletes, stakeholders and the public in the integrity of sporting competition*”.⁵⁴ Ciò al fine di scongiurare eventuali tentativi di governi e di autorità pubbliche diretti alla manipolazione dei programmi antidoping.

Il TAS ha ritenuto fondamentale considerare le nozioni di proporzionalità nell'imposizione delle conseguenze per il Firmatario in quanto principio fondamentale della giustizia naturale. Lo stesso art. 4.4.2 dell'ISCCS prevede espressamente che l'ISCCS debba essere interpretato e applicato alla luce del fatto che è stato redatto e applicato tenendo nella dovuta considerazione il principio di proporzionalità.

Il Collegio, facendo riferimento alla giurisprudenza TAS in materia, ha evidenziato che il principio di proporzionalità esige che la misura adottata non superi quanto ragionevolmente richiesto per la realizzazione dello scopo perseguito. Sulla base di ciò, sebbene la WADA avesse richiesto l'applicazione delle

⁵⁰ Cfr. CAS OG 16/019 *Podolskaya & Dyachenko v. ICF*.

⁵¹ Cfr. CAS OG 18/02 *Legkov et al. v. IOC*; CAS OG 18/03 *Ahn et al. v. IOC*. Vedere anche CAS 2016/O/4684 *ROC, Adams et al. IAAF*; CAS 2016/A/4745 *RPC v. IPC*.

⁵² Si veda para. 701 del Lodo.

⁵³ L'art. 23.5.6 del WADC 2018 prevede che il Panel valuterà, in riferimento alle disposizioni pertinenti dell'ISCCS, quali conseguenze dovrebbero essere imposte e quali condizioni il Firmatario dovrebbe essere tenuto a soddisfare per essere reintegrato.

⁵⁴ Al para. 598 del Lodo si legge “*mantenere la fiducia di tutti gli atleti, delle altre parti interessate e del pubblico in generale nella capacità della WADA di difendere l'integrità dello sport dal doping*”.

conseguenze per il Firmatario ai Giochi Olimpici e Paralimpici, ai Campionati Mondiali, ai Giochi olimpici giovanili e a qualsiasi altro evento organizzato da un Major Event Organizer (“MEO”), il TAS ha espresso dubbi in merito all’applicazione delle conseguenze per il Firmatario in relazione ai Giochi olimpici giovanili. Infatti, facendo leva sul principio di proporzionalità, sarebbe stato oltremodo ingiusto imporre severe restrizioni ad atleti non coinvolti in alcun modo nelle attività di doping.

Il collegio ha sollevato dubbi anche in relazione agli eventi organizzati dai MEOs. Su questi ultimi, accogliendo l’osservazione della RUSADA, il TAS ha deciso di non imporre restrizioni posto che il Codice WADA sul punto fosse troppo aspecifico.⁵⁵

Quanto alla durata del periodo delle misure, la WADA ha deliberato di imporre le conseguenze per un periodo di quattro anni. La base di tale richiesta era costituita dagli articoli 11.1.1.2 e 11.1.1.10, ISCCS, le quali norme consentivano di imporre le conseguenze per un “periodo determinato”, nonché dall’Annex B, il quale chiariva che esiste flessibilità per discostarsi da tale periodo laddove lo giustifichi l’applicazione dei principi di cui all’art. 10 ai fatti e alle circostanze specifici di quel caso.⁵⁶

Alla luce del predetto quadro normativo di riferimento, tenendo conto che l’intenzione stessa della WADA fosse quella di applicare le conseguenze limitatamente a una edizione dei Giochi Olimpici e Paralimpici estivi e invernali, nonché del principio di proporzionalità, il TAS ha deciso di ridurre a due anni il periodo delle conseguenze per il Firmatario.

3.9 *Altre questioni relative alle conseguenze per il Firmatario*

3.9.1 *Parità di trattamento*

Il gruppo di 33 atleti costituiti ha lamentato la violazione del diritto alla parità di trattamento facendo riferimento alle misure adottate dalla WADA in relazione alle non conformità delle NADO di Nigeria e Corea del Nord; in tali fattispecie, infatti, non era stata imposta nessuna condizione di esclusione o “neutralità” agli atleti.

Sul punto, il TAS ha dapprima ritenuto inopportuno invocare il principio della parità di trattamento sulla base di due soli precedenti. In secondo luogo, ai sensi dell’art. 11.2.10 dell’ISCCS, il collegio ha evidenziato che le conseguenze

⁵⁵ Organizzazioni di eventi importanti: le associazioni continentali dei comitati olimpici nazionali e altre organizzazioni multisportive internazionali che fungono da organo di governo per qualsiasi evento continentale, regionale o altro evento internazionale.

⁵⁶ L’incipit dell’Annex B recita “*However, there shall be flexibility to vary within or even to depart from this range in a particular case, where the application of the principles set out in Article 10 to the specific facts and circumstances of that case so warrant. In particular, the greater the degree of non-compliance (i.e. the more requirements with which the Signatory has failed to comply, and the more serious those requirements), the greater the Signatory Consequences should be*”.

per il Firmatario, da imporre in caso di inadempienza, dipendono dai fatti e dalle circostanze specifici del proprio caso.

Le non conformità delle predette NADO riguardavano i programmi di controllo antidoping, non paragonabili alla vicenda per la quale la RUSADA era stata oggetto di contestazioni. Di conseguenza, il collegio non ha ritenuto sussistente un motivo sufficiente per confrontare la portata, la natura e la gravità dell'inosservanza di tali casi con quello della NADO russa.

3.9.2 *Diritto della concorrenza*

Il CPR e un gruppo di 10 atleti hanno sostenuto che le misure richieste dalla WADA configurassero una violazione del diritto della concorrenza, lamentando la sproporzione delle sanzioni.

Il TAS, tuttavia, ha rigettato tali osservazioni poiché ha ritenuto che il diritto della concorrenza non trovi applicazione nei confronti della WADA e, anche ammettendo l'ipotesi inversa, le conseguenze per il Firmatario perseguono un obiettivo legittimo, sono proporzionate agli obiettivi perseguiti dalla WADA e non costituiscono un boicottaggio illegittimo ai sensi delle norme antitrust UE. Infatti, affinché possa trovare applicazione l'art. 101 TFUE, dovrebbero essere soddisfatte diverse condizioni; in particolare, i) il Codice WADA e l'ISCCS dovrebbero essere qualificati come "intesa tra imprese" o "pratica concordata", ii) dovrebbero "incidere sugli scambi tra Stati membri" e iii) dovrebbero avere come oggetto o effetto l'impedimento, la restrizione o la distorsione della concorrenza all'interno del mercato interno.⁵⁷

Per quanto riguarda la prima condizione, il collegio arbitrale ha rilevato che la Corte di giustizia UE ha stabilito, nel caso Meca-Medina, che il CIO sia una "associazione di imprese" ai sensi dell'art. 101 TFUE. Sulla base di tale giurisprudenza, il TAS ha espresso dubbi sul fatto che la WADA possa qualificarsi come "associazione di imprese", in quanto soggetto non costituito da associazioni nazionali qualificabili come imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE. Pertanto, il Codice Mondiale Antidoping e l'ISCCS adottati dalla WADA, così come le conseguenze per i Firmatari previste in tali documenti, non sembrano intesi a regolare il modo in cui i Firmatari stessi conducono le loro attività economiche ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Il TAS ha quindi escluso che il Codice WADA e l'ISCCS abbiano per oggetto o per effetto la restrizione o la distorsione della concorrenza; l'oggetto è, piuttosto, il rispetto da parte dei Firmatari degli obblighi assunti nell'ambito del Programma Mondiale Antidoping.

Sul punto, può anche notarsi come nel giudizio non fossero state presentate analisi economiche dettagliate o prove empiriche dell'impatto del Codice WADA e dell'ISCCS, nonché delle conseguenze per il Firmatario, sulla concorrenza e sul

⁵⁷ Si veda para. 815 del Lodo.

mercato, il che ha portato il TAS a escludere che tali fonti normative abbiano l'effetto di restringere la concorrenza.

4. *Il Verdetto*

4.1 *La durata delle sanzioni*

Il 17 dicembre 2020, il TAS ha ritenuto la RUSADA colpevole della mancata consegna dei dati autentici LIMS e dei dati analitici dell'ex laboratorio di Mosca. Tuttavia, in considerazione delle circostanze specifiche della vicenda, ha accolto solo parzialmente le richieste della WADA, disponendo la durata delle sanzioni in due anni, ossia fino al 16 dicembre 2022.

4.2 *Le restrizioni ai rappresentanti del governo russo*

Il TAS ha stabilito il divieto per i rappresentanti del governo russo⁵⁸ di:

- i) essere nominati o di sedere come membri dei consigli o comitati di qualsiasi Firmatario;
- ii) essere accreditati da qualsiasi Firmatario per i Giochi Olimpici e Paralimpici, nonché per qualsiasi Campionato mondiale organizzato dai Firmatari;
- iii) partecipare o assistere a questi eventi.

Tuttavia, il TAS ha precisato che la sanzione non trova applicazione ai rappresentanti del governo che:

- i) a titolo personale, siano membri del CIO/CPI o altrimenti eletti in un organo del CIO/CPI o nominati dal CIO/ CPI per far parte degli organi del CIO/ CPI;
- ii) siano invitati a un evento specifico dal Capo dello Stato o dal Primo Ministro (o equivalente) del Paese ospitante quell'evento specifico;
- iii) debbano essere accreditati e partecipare a un evento specifico in qualità di atleta o personale di supporto dell'atleta debitamente autorizzato.

Tali restrizioni trovano il loro fondamento negli articoli 11.1.1.2 e 11.1.1.10, nonché negli articoli B.3.1 (c) e B.3.1 (d) (2) dell'Annex B dell'ISCCS, che consentono di imporre tali restrizioni nei confronti dei "rappresentanti del Firmatario".

Il TAS ha respinto l'osservazione della RUSADA secondo cui l'imposizione di queste restrizioni violerebbe la sovranità della Federazione Russa

⁵⁸ In base la decisione del TAS sono considerati rappresentati del governo russo: i) Vice Ministri, Ministri, Vice Primi Ministri, Primo Ministro e Presidente della Federazione Russa (qualunque sia il loro titolo formale); ii) Membri dell'Assemblea Federale della Federazione Russa, comprese sia la Camera Alta (il Consiglio della Federazione) che la Camera Bassa (la Duma di Stato); iii) I capi e i vice capi (qualunque sia il loro titolo formale, ad esempio, direttori e vicedirettori) dei servizi e delle agenzie federali e del Centro per la preparazione sportiva; iv) Tutte le persone che lavorano per la Direzione amministrativa del Presidente della Federazione Russa e/o per il Comitato investigativo russo.

e l'immunità dei rappresentanti dello Stato, asserendo che le stesse non implicano l'esercizio di alcuna giurisdizione da parte del TAS su tali rappresentanti. Piuttosto, si pongono come obblighi vincolanti per gli altri Firmatari, che sono tenuti, ai sensi dell'art. 23.5.9 del Codice WADA 2018 e dell'art. 10.5.1 dell'ISCCS, a eseguire le conseguenze imposte al Firmatario oggetto di procedimento. Peraltro, il collegio ha tenuto a precisare che l'imposizione di restrizioni coinvolgenti i rappresentanti del governo russo trovi giustificazione nel coinvolgimento delle autorità russe relativamente alla manipolazione dei Dati di Mosca e nella necessità di effettuare un cambiamento fondamentale nella condotta delle autorità pubbliche russe.

Tuttavia, nell'ottica del principio di proporzionalità e della necessità dell'attuazione pratica di qualsiasi lodo emesso dal TAS, quest'ultimo ha giudicato troppo ampie e indeterminate le categorie stabilite dalla WADA circa la nozione di "rappresentanti del governo", accogliendo sul punto l'osservazione del CIO secondo cui, nella categoria dei "rappresentanti del governo" soggetti a restrizioni dovrebbero rientrare solo le persone il cui ruolo potrebbe essere considerato rilevante per ripristinare la fiducia nell'integrità del sistema antidoping, ed escludendo, invece, quelle persone che svolgono servizi essenziali e vantaggiosi per il movimento sportivo (come membri del CIO, funzionari tecnici e volontari)".⁵⁹

4.3 *Le restrizioni sull'ospitare, fare offerte o ottenere il diritto di ospitare eventi*

Per la durata delle sanzioni, il TAS ha precluso alla Russia il diritto di ospitare, presentare candidature od ottenere il diritto di ospitare i Giochi Olimpici e Paralimpici, nonché qualsiasi Campionato mondiale organizzato dai Firmatari.⁶⁰ Nell'ipotesi in cui la Russia avesse già acquisito il diritto di ospitare tali eventi, dovrà rinunciarvi salvo ciò sia praticamente impossibile.⁶¹

4.4 *Le restrizioni sull'uso della bandiera russa*

Il TAS ha statuito il divieto di mostrare la bandiera russa (attuale o storica) nelle sedi ufficiali dei Giochi Olimpici, Paralimpici o dei Campionati del Mondo, nonché in qualsiasi area ufficiale controllata da un Firmatario o da un organizzatore nominato dal Firmatario.

Le restrizioni all'uso della bandiera di un Paese sono trattate nell'art. B3.1 (d) (2) dell'Annex B dell'ISCCS.

⁵⁹ Si vedano para. 751 e ss. del Lodo.

⁶⁰ A tal fine, per Campionato del mondo si intende qualsiasi evento o uno o più di una serie di eventi che determinano il campione del mondo per un particolare sport o disciplina in uno sport, ma non include eventi di qualificazione.

⁶¹ Tali restrizioni derivano dall'art. 11.1.1.5 e dall'art. B.3.1 (d) (1) dell'Annex B dell'ISCCS. Queste disposizioni consentono espressamente alla NADO di uno stato non conforme di essere giudicato non idoneo a ospitare o co-ospitare, o ottenere il diritto di ospitare o co-ospitare, determinati eventi.

Tuttavia, sempre nell'ottica della proporzionalità, nonché della necessità di garantire l'attuazione pratica del lodo, sono state accolte le osservazioni del CIO secondo cui l'ampiezza del divieto richiesto dalla WADA (che si estendeva alle aree accessibili agli spettatori generali) avrebbe potuto rendere le restrizioni impraticabili o addirittura impossibili da attuare, prendendo altresì in considerazione i casi in cui è assolutamente necessario utilizzare la bandiera della Federazione Russa, ad esempio per identificare funzionari tecnici o delegati.

Di conseguenza, il TAS ha deciso che tale restrizione non sia applicabile all'uso della bandiera da parte degli spettatori, né per identificare i cittadini russi che sono funzionari tecnici o delegati.

4.5 *Le restrizioni sulla partecipazione e sulla presenza di atleti russi e personale di supporto agli eventi e partecipazione neutrale*

Il TAS ha statuito che resta concessa agli atleti russi ed al personale di supporto la possibilità di partecipare o assistere ai Giochi Olimpici e Paralimpici, nonché a qualsiasi Campionato mondiale organizzato da un Firmatario, a condizione che: i) non siano soggetti a sospensione imposta da un'autorità competente; ii) l'uniforme indossata non contenga la bandiera della Federazione Russa e contenga la dicitura "atleta neutrale"; iii) l'inno nazionale russo non venga suonato o cantato in qualsiasi sede ufficiale dell'evento.

Tale restrizione trova fondamento, da un lato, negli articoli 11.1.1.10 e B3.1 (d) (2) dell'Annex B dell'ISCCS, che stabiliscono la possibilità per gli atleti e il personale di supporto degli atleti affiliati a quel Paese di essere esclusi dalla partecipazione o dall'assistere ai Giochi Olimpici e Paralimpici e/o ai Campionati del Mondo e, dall'altro, nell'art. 11.2.6 dell'ISCCS che riguarda l'applicazione del principio di proporzionalità alle potenziali conseguenze previste nell'art. 11.1 e nell'Annex B ISCCS.⁶²

Infatti, poiché l'art. 11.2.6 ISCCS contiene un riferimento alla partecipazione neutrale degli atleti come conseguenza meno grave ai sensi dell'art. 11.1.1.10, il TAS ha ritenuto possibile l'ammissione degli atleti russi in condizioni di partecipazione neutra.

⁶² Tale norma prevede che "le conseguenze non dovrebbero andare oltre quanto necessario per raggiungere gli obiettivi alla base del Codice. In particolare ... si dovrebbe considerare se sia fattibile ... creare e attuare un meccanismo che consenta ... agli atleti e/o al personale di supporto dell'atleta di dimostrare di non essere colpiti in alcun modo dalla non-conformità del firmatario. In tal caso, e se è chiaro che consentire loro di competere negli Eventi in veste neutrale (ovvero, non come rappresentanti di alcun paese) non renderà le Conseguenze del firmatario che sono state imposte meno efficaci, né saranno ingiuste nei confronti dei loro concorrenti né faranno venir meno la fiducia del pubblico nell'integrità dell'Evento/i ... o nell'impegno della WADA e dei suoi stakeholder a fare ciò che è necessario per difendere l'integrità dello sport contro il flagello del doping, allora un tale meccanismo potrebbe essere consentito, sotto il controllo e/o soggetto all'approvazione della WADA (per garantire l'adeguatezza e la coerenza del trattamento nei diversi casi)".

Tuttavia, sia la RUSADA che un gruppo di 33 atleti hanno lamentato l'invalidità e l'inapplicabilità dei criteri di implementazione della partecipazione neutrale proposti dalla WADA in quanto eccedenti il perimetro della decisione del Comitato Esecutivo WADA e della raccomandazione CRC.⁶³

L'argomentazione si basa sul combinato disposto dell'art. 23.5.6 del Codice WADA e dell'art. 10.4.1 dell'ISCCS,⁶⁴ ai sensi dei quali le conseguenze per il Firmatario che la WADA può richiedere devono essere coerenti con quelle proposte dall'ExCo della WADA nell'avviso formale di non conformità. Peraltro, ai sensi dell'art. 10.2.2 dell'ISCCS, tali conseguenze devono essere coerenti con la raccomandazione CRC, a meno che la WADA non rimetta la questione al CRC per fornire una seconda raccomandazione. Pertanto, qualora la raccomandazione CRC non contenga alcun riferimento a una conseguenza proposta per il Firmatario, e la WADA non abbia rimesso la questione al CRC, tale conseguenza non potrebbe essere richiesta nei procedimenti successivi dinanzi al TAS.

A tale riguardo, sia RUSADA che il gruppo dei 33 Atleti hanno evidenziato come nessuno dei criteri di implementazione della partecipazione neutrale fosse espressamente stabilito nella raccomandazione CRC, la quale prevedeva solo che la bandiera russa non potesse essere utilizzata in determinati eventi.

Il TAS ha tuttavia richiamato il paragrafo 54.5 della CRC recommendations: *“Russian athletes and their support personnel may only participate in or attend [the specified events] ... where they are able to demonstrate that they are not implicated in any way by the non-compliance, in accordance with strict conditions defined by WADA (or the CAS, if it sees fit), pursuant to the mechanism foreseen in ISCCS Article 11.2.6. The ExCo (or the CAS, if it sees fit) will specify the mechanism to be used by Signatories (which may include the involvement of representatives of appropriate Athlete Committees) to determine whether a particular athlete meets the conditions and so should be permitted to participate in the event(s) in question”*.⁶⁵

⁶³ I Criteri di implementazione della partecipazione neutrale includono:

- a. divieto di comparizione del nome Russia in occasione della designazione dell'atleta;
- b. l'obbligo degli atleti russi di partecipare con una divisa neutra;
- c. il divieto di esporre la bandiera da parte degli atleti russi;
- d. il divieto di suonare l'inno nazionale russo.

⁶⁴ Ai sensi degli articoli 23.5.6 del Codice WADA 2018 e 10.4.1 dell'ISCCS, la WADA è tenuta a presentare un avviso formale di controversia al TAS nell'ipotesi in cui un firmatario contesti le conseguenze del firmatario contenute nell'avviso formale di non-conformità.

⁶⁵ Si veda para. 779 del Lodo (trad. *“gli atleti russi e il loro personale di supporto possono partecipare o assistere a [eventi specificati] ... solo se sono in grado di dimostrare di non essere implicati in alcun modo dalla non conformità, secondo le condizioni rigorose definite dalla WADA (o dal CAS, se lo ritiene opportuno), ai sensi del meccanismo previsto dall'art. 11.2.6 dell'ISCCS. Il Comitato Esecutivo (o il CAS, se lo ritiene opportuno) specificherà il meccanismo che deve essere utilizzato dai Firmatari (che può includere il coinvolgimento di rappresentanti dei comitati di atleti) per determinare se un particolare atleta soddisfi le condizioni e quindi dovrebbe essere autorizzato a partecipare all'evento o agli eventi in questione”*).

Proprio con riferimento alle rigorose condizioni definite dalla WADA, il TAS ha notato che la raccomandazione CRC conteneva una nota a piè di pagina che forniva un elenco non esaustivo di possibili condizioni.

Di conseguenza, il TAS ha concluso che:

- l’ISCCS consentiva l’esclusione degli atleti e del personale di supporto degli atleti come conseguenza per la non conformità della NADO di appartenenza, a patto di tener conto delle modalità atte a consentire a tali persone di competere (anche in condizioni di neutralità);
- sarebbe eccessivamente oneroso richiedere agli atleti russi e al personale di supporto degli atleti dimostrare di non essere stati influenzati in alcun modo dalla manipolazione dei Dati di Mosca nella modalità sostenuta dalla WADA. Ciononostante, il TAS ritiene necessario e appropriato imporre requisiti per gli atleti russi e il personale di supporto degli atleti per competere in modo neutrale (sebbene meno restrittivi di quelli proposti dalla WADA).

Pertanto, il TAS ha dichiarato validi e applicabili i criteri di implementazione della partecipazione neutrale, mentre ha stabilito che non è necessario richiedere agli atleti di dimostrare “preventivamente” di non essere implicati nella non conformità della RUSADA.

4.6 *Restrizioni sui funzionari e dirigenti di COR e CPR*

Rilevando l’assenza di prove sulla responsabilità del COR e del CPR nella manipolazione dei Dati di Mosca, il TAS ha stabilito che non fosse necessario imporre restrizioni agli ufficiali e ai dirigenti del COR o del CPR.

4.7 *Condizioni di reintegrazione*

Sono state dettate condizioni particolarmente stringenti allo scopo di reintegrare la RUSADA come Firmatario conforme al Codice. In particolare, è stato previsto:

- i) il pagamento alla WADA di un contributo pari a 1.270.000,00 dollari in relazione ai costi sostenuti per indagare sull’autenticità dei dati recuperati dal laboratorio di Mosca a partire da gennaio 2019;
- ii) il compimento di indagini su qualsiasi caso influenzato dalle cancellazioni e/o alterazioni dei dati del laboratorio di Mosca;
- iii) la presenza di un osservatore internazionale nel Consiglio di vigilanza della RUSADA e l’invio di rapporti trimestrali alla WADA da parte del Direttore generale della RUSADA;
- iv) la condanna della RUSADA al pagamento dei costi delle indagini sostenute dalla WADA e da qualsiasi altra organizzazione antidoping da gennaio 2019 alla data del lodo del TAS;

v) il rimborso alla WADA dei costi di attuazione e di monitoraggio della conformità sostenuti fino alla data di reintegrazione della RUSADA.⁶⁶

La normativa di riferimento ai fini dell'imposizione di tali sanzioni è contenuta nell'art. 12.2.1 dell'ISCCS, che prevede che la WADA specifichi, nell'avviso formale che invia al Firmatario, le condizioni da soddisfare per essere reintegrato. Nell'ipotesi in cui le condizioni proposte siano contestate da un Firmatario, spetta al TAS il potere di determinare se le condizioni proposte siano necessarie e proporzionate a quanto effettivamente verificatosi.

Nel caso in esame la RUSADA ha contestato le condizioni relative: a) ai costi delle indagini; b) ai costi di attuazione e di monitoraggio della conformità.

Per quanto riguarda il primo punto, la RUSADA ha richiamato l'art. 12.2.1.4 (a) dell'ISCCS, che prevede che il Collegio possa imporre, come condizione di reintegrazione, l'obbligo per il Firmatario non conforme di pagare per intero *“(a) any specific costs and expenses reasonably incurred by WADA in Special Monitoring actions (i.e., outside WADA’s routine monitoring activities) that identified the Signatory’s non-compliance (e.g., the costs of any specific investigation conducted by WADA’s Intelligence and Investigations Department that identified such noncompliance)”*.⁶⁷

A loro volta, le azioni di “monitoraggio speciale” sono definite nell'art. 4.3 dell'ISCCS come *“Where, as part of the Signatory Consequences imposed on a non-compliant Signatory, WADA applies a system of specific and ongoing monitoring to some or all of the Signatory’s Anti-Doping Activities, to ensure that the Signatory is carrying out those activities in a compliant manner”*.⁶⁸

Tuttavia, tale argomentazione è stata respinta dal TAS. Infatti, anche laddove la condizione proposta non fosse consentita ai sensi dell'art. 12.2.1.4 (a) dell'ISCCS, sarebbe comunque assorbita dall'art. 12.2.1.5,⁶⁹ in quanto trattasi di condizione raccomandata dal CRC e adottata dal Comitato Esecutivo WADA nel suo formale avviso di non conformità alla RUSADA. Secondo il TAS, detta

⁶⁶ La RUSADA deve pagare una multa alla WADA del 10% del suo reddito 2019 o di 100.000 dollari statunitensi (a seconda di quale sia inferiore) nonché un importo totale di 400.000 franchi svizzeri come contributo per le sue spese legali e di altro tipo sostenute in relazione a questi procedimenti arbitrali entro 90 giorni dalla data della presente sentenza. Tali importi matureranno interessi al tasso del 5% annuo in caso di pagamento non tempestivo.

⁶⁷ Si veda para. 830 del Loro (trad. *“eventuali costi e spese specifici ragionevolmente sostenuti dalla WADA in azioni di monitoraggio speciale (ovvero, al di fuori delle attività di monitoraggio di routine della WADA) che hanno identificato la non conformità del Firmatario (ad esempio, i costi di qualsiasi indagine specifica condotta dal Dipartimento di intelligence e indagini della WADA che ha identificato tale non conformità)”*).

⁶⁸ Si veda para. 831 del Lodo (trad. *“Monitoraggio speciale: sistema di monitoraggio specifico e continuo che la WADA applica ad alcune o tutte le attività antidoping del Firmatario, come parte delle conseguenze imposte a un Firmatario non conforme, per garantire che svolga tali attività in modo conforme”*).

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 12.2.1.5 *“il Firmatario deve aver soddisfatto tutte le altre condizioni che il Comitato Esecutivo della WADA può specificare (su raccomandazione del CRC) sulla base dei fatti e delle circostanze particolari del caso”*.

condizione era sia necessaria che proporzionata, specie considerando che la WADA ha sostenuto significativi costi di indagine al fine di accertare la non conformità della RUSADA.

In merito al *quantum* di tali costi, il TAS si è basato sul rapporto I&I della WADA del 6 settembre 2019 nel quale emerge che “*the Intelligence and Investigations Department has committed at least 6000 hours to investigating the LIMS data and expended over \$1.27 million USD*”;⁷⁰ peraltro, tale importo non è stato contestato o messo in discussione da RUSADA. In assenza di ulteriori prove dirette sui costi, il TAS ha ritenuto appropriato imporre come condizione di reintegrazione un’ordinanza che imponga alla RUSADA di pagare un contributo ai costi di indagine della WADA per un importo di 1,27 milioni di dollari.

Per quanto riguarda il secondo punto, RUSADA ha fatto riferimento all’art. 12.2.1.4 (b) dell’ISCCS, che prevede che il TAS possa imporre, come condizione di reintegrazione, l’obbligo per il Firmatario non conforme di pagare per intero “*the costs and expenses reasonably incurred by WADA and/or Approved Third Parties from the date on which the decision that the Signatory was non-compliant became final until the date of the Signatory’s Reinstatement, including (without limitation) costs and expenses reasonably incurred in implementing the Signatory Consequences (including the costs referred to in Articles 11.1.1.3 and 11.1.1.4 and the costs of monitoring the Signatory’s compliance with the Signatory Consequences) and the costs and expenses reasonably incurred in assessing the Signatory’s efforts to satisfy the Reinstatement conditions*”.⁷¹ Anche in tal caso, tuttavia, il TAS ha ritenuto tale condizione applicabile in quanto “*consistent with the wording of Article 12.2.1.4(b) of the ISCCS. Although it can extend to costs of Special Monitoring or of takeover of a non-compliant Signatory’s anti-doping activities, it is not limited to those matters*”.⁷²

4.8 Sanzione economica

Infine, ai sensi dell’art. 11.1.1.6 dell’ISCCS, il TAS ha facoltà di imporre una sanzione economica per i casi che comportano sia il mancato rispetto dei requisiti critici che fattori aggravanti.

⁷⁰ Si veda para. 839 del Lodo (trad. “*il dipartimento di intelligence e investigazioni ha impegnato almeno 6000 ore per indagare sui dati LIMS e ha speso oltre \$ 1,27 milioni di dollari*”).

⁷¹ Si veda para. 844 del Lodo (trad. “*i costi e le spese ragionevolmente sostenuti dalla WADA e/o da Terze Parti Approvate, dalla data in cui la decisione di non conformità del Firmatario è divenuta definitiva fino alla data di reintegrazione del Firmatario, inclusi (senza limitazione) i costi e le spese ragionevolmente sostenuti per l’attuazione delle conseguenze del firmatario (inclusi i costi di cui agli articoli 11.1.1.3 e 11.1.1.4 e i costi per il monitoraggio della conformità del Firmatario con le conseguenze del Firmatario) e i costi e le spese ragionevolmente sostenuti per valutare gli sforzi del Firmatario per soddisfare le condizioni di ripristino*”).

⁷² Si veda para. 845 del Lodo (trad. “*coerente con la formulazione dell’art. 12.2.1.4 (b) dell’ISCCS. Sebbene possa estendersi ai costi del monitoraggio speciale o dell’acquisizione di attività antidoping di un Firmatario non conforme, non si limita a tali questioni*”).

Il termine “*fine*” è definito nell’art. 4.3 dell’ISCCS come il “[P]ayment by the Signatory of an amount that reflects the seriousness of the non-compliance/Aggravating Factors, their duration, and the need to deter similar conduct in future, but in any event the fine shall not exceed the lower of (a) 10% of the Signatory’s annual income and (b) US\$100,000. The fine will be applied by WADA to finance further Code Compliance monitoring activities”.⁷³

Anche gli “*aggravating factors*” sono definiti nel medesimo art. 4.3 come “*only in cases involving noncompliance with one or more Critical requirements, this term encompasses a deliberate attempt to circumvent or undermine the Code or the International Standards and/or to corrupt the anti-doping system, an attempt to cover up non-compliance, or any other form of bad faith on the part of the Signatory in question; a persistent refusal or failure by the Signatory to make any reasonable effort to correct NonConformities that are notified to it by WADA; repeat offending; and any other factor that aggravates the Signatory’s failure to comply with the Code and/or International Standards*”.⁷⁴

Le manipolazioni dei Dati di Mosca sono state un tentativo deliberato di nascondere la non conformità al Codice. Tuttavia, in mancanza di prove che RUSADA abbia causato le manipolazioni, qualsiasi forma di malafede da parte della RUSADA è stata esclusa.

Ciononostante, la condotta della RUSADA è stata caratterizzata da “*persistent refusal or failure ... to make any reasonable effort to correct Non-Conformities that are notified to it by WADA*”.⁷⁵

Il TAS ha rilevato, quindi, la sussistenza di “*fattori aggravanti*” in relazione alla non conformità della RUSADA che hanno giustificato l’imposizione di una sanzione per l’intero importo consentito dall’ISCCS. Pertanto, RUSADA è stata condannata a pagare una multa alla WADA del 10% del suo reddito del 2019 o di 100.000,00 dollari (statunitensi) a seconda di quale sia il valore inferiore.

⁷³ Si veda para. 796 del Lodo (trad. “[P]agamento da parte del Firmatario di un importo che rifletta la gravità della non conformità/fattori aggravanti, la loro durata e la necessità di scoraggiare comportamenti simili in futuro, ma in ogni caso la multa non dovrà superare il minore tra (a) 10% del reddito annuale del Firmatario e (b) 100.000,00 dollari. La multa verrà applicata dalla WADA per finanziare ulteriori attività di monitoraggio della conformità al codice”).

⁷⁴ Si veda para. 797 del Lodo (trad. “Applicabili solo nei casi che comportano il mancato rispetto di uno o più requisiti critici; questo termine comprende un tentativo deliberato di aggirare o minare il Codice o gli Standard internazionali e/o di corrompere il sistema antidoping, un tentativo di coprire la non conformità o qualsiasi altra forma di malafede da parte del Firmatario in questione; un persistente rifiuto o incapacità da parte del Firmatario di compiere qualsiasi ragionevole sforzo per correggere le non conformità che gli vengono notificate da WADA; offese reiterate; e qualsiasi altro fattore che aggravi il mancato rispetto del Codice e/o degli standard internazionali da parte del Firmatario”).

⁷⁵ Si veda para. 800 del Lodo (trad. “un persistente rifiuto o incapacità di compiere qualsiasi ragionevole sforzo per correggere le non conformità che le vengono notificate dalla WADA”). Ad avviso del collegio ciò è particolarmente dimostrato da:

4.9 Costi del procedimento

L'art. R64.5 del codice TAS prevede che “[I]n the arbitral award, the Panel shall determine which party shall bear the arbitration costs or in which proportion the parties shall share them. As a general rule and without any specific request from the parties, the Panel has discretion to grant the prevailing party a contribution towards its legal fees and other expenses incurred in connection with the proceedings and, in particular, the costs of witnesses and interpreters. When granting such contribution, the Panel shall take into account the complexity and outcome of the proceedings, as well as the conduct and the financial resources of the parties”.⁷⁶

Sia WADA che RUSADA hanno dichiarato che le loro spese legali in questi procedimenti hanno superato il milione di franchi svizzeri. Tenuto conto degli ingenti mezzi economici a disposizione delle parti e dell'esito del procedimento, il TAS ha disposto la suddivisione dei costi dell'arbitrato per l'80% a carico della RUSADA e per il 20% a carico della WADA. La RUSADA è stata condannata, inoltre, a pagare alla WADA un importo totale di 400.000,00 franchi svizzeri come contributo alle spese sostenute dalla WADA, oltre all'onere di sopportare i propri costi di difesa.

5. Rilievi conclusivi

In uno *statement* emesso poco dopo l'emissione del lodo in questione, la WADA si è lamentata circa la “riduzione” in termini di durata delle sanzioni imposte dal TAS (sostanzialmente da quattro a due anni).⁷⁷ In realtà, non c'è stata alcuna riduzione posto che l'arbitrato era di natura “ordinaria” e non d'appello avverso una

a. la negazione della RUSADA che siano state effettuate manipolazioni improprie, nonostante le chiare ammissioni da parte del suo Direttore Generale e le prove chiare e convincenti presentate dagli esperti forensi della WADA già a maggio 2019;

b. il fatto che, nonostante abbia accesso ai dati di Mosca e alla copia LIMS del 2015 almeno da febbraio 2020, non ci sono prove che RUSADA abbia incaricato alcun esperto di rivedere quei dati allo scopo di valutare le conclusioni degli esperti forensi della WADA.

⁷⁶ Trad. “[N]el lodo arbitrale, il Collegio determina quale parte dovrà sostenere i costi dell'arbitrato o in quale proporzione le parti li divideranno. Come regola generale e senza alcuna richiesta specifica delle parti, il Collegio ha facoltà di concedere alla parte vittoriosa un contributo per le proprie spese legali e altre spese sostenute in relazione al procedimento e, in particolare, le spese di testimoni e interpreti. Nel concedere tale contributo, il Collegio tiene conto della complessità e del risultato del procedimento, nonché della condotta e delle risorse finanziarie delle parti”.

⁷⁷ Si veda la WADA Legal Note on the CAS Award in *WADA v. RUSADA* (CAS 2020/O/6689), dove la WADA ha stigmatizzato che il collegio “was (for reasons that are not comprehensively explained in the award) not willing to endorse the full suite of consequences recommended by the Compliance Review Committee, which WADA believes were proportionate and reasonable” e che “based on its own assessment of proportionality, the Panel considered that the legitimate objectives of WADA could be adequately achieved with lesser consequences”, disponibile al link: www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2020-01-13_note_on_cas_award_en.pdf.

precedente decisione. Quella della WADA sui quattro anni era solo una proposta di sanzione, che il TAS ha inteso accogliere parzialmente esercitando la discrezionalità che gli è attribuita ai sensi della normativa applicabile.

Infatti, sebbene sia stato provato il sofisticato tentativo di manipolare e cancellare i dati analitici per impedire l'identificazione e il perseguimento degli atleti utilizzatori di doping e che la non conformità "*could hardly be more serious*",⁷⁸ il Collegio ha voluto applicare sanzioni più moderate rispetto a quelle richieste dalla WADA. In particolare, da un lato il Collegio ha stigmatizzato come "*rather than providing access to the data in the spirit of transparency and data preservation reflected in the correspondence, the Russian authorities in late 2018 and January 2019 engaged in extensive manipulation of the Moscow data*",⁷⁹ dall'altro ha evidenziato come non ci fosse "*evidence or submission by WADA as to the process by which an athlete would be able to undertake the task of establishing that they were not implicated by the non-compliance, nor as to the cost and time involved in such an exercise*".⁸⁰ In altre parole, una sanzione troppo lunga sarebbe stata oltremodo penalizzante per gli atleti russi, specie perché la WADA ebbe accesso ai LIMS sin dall'ottobre 2017 e ai Dati di Mosca dal gennaio 2019. Ad avviso del Collegio, ciò le avrebbe consentito di condividere i dati con i vari firmatari al fine di perseguire eventuali violazioni. Sul punto, il Collegio ha precisato di essere "*not persuaded that an exclusion placing the onus on athletes to prove they were not implicated by RUSADA's non-compliance would be appropriate*".⁸¹

Inoltre, il Collegio ha evidenziato che lo scenario sottoposto alla sua attenzione è diverso rispetto alla posizione degli atleti che subirono misure relative alla partecipazione ai Giochi Olimpici e Paralimpici di Rio 2016 o di PyeongChang 2018. Infatti, all'epoca la WADA non aveva ancora avuto pieno accesso ai LIMS e Dati di Mosca, cosa che invece oggi le permetterebbe di indagare e perseguire gli atleti coinvolti.

In sostanza, pare che nel determinare la durata delle sanzioni il Collegio abbia cercato di conciliare l'accoglimento sostanziale delle richieste della WADA con la necessità che gli atleti russi "puliti" non subiscano le conseguenze della "*neutrality condition*" per un tempo estremamente gravoso. Sul punto, è interessante notare che il Collegio abbia ritenuto significativo, più che la durata temporale delle sanzioni in sé, il fatto che esse comunque avrebbero avuto quell'afflittività perseguita dalla norma, ossia impedire la partecipazione ad un'edizione dei Giochi Olimpici estivi e invernali. Sul punto, il Collegio ha precisato che le sanzioni "*must be assessed in light of the signatory consequences the Panel has decided to impose as a whole*".⁸²

⁷⁸ Si veda para. 219 del Lodo.

⁷⁹ Si veda para. 708 del Lodo.

⁸⁰ Si veda para. 783 del Lodo.

⁸¹ Si veda para. 784 del Lodo.

⁸² Si veda para. 744 lett. c. del Lodo.

Per quanto discutibile possa essere l'apprezzamento del Collegio sull'entità della sanzione da ultimo imposta, appare evidente che quanto statuito rientri nel suo margine decisionale e sia comunque motivato, tanto vero che né la WADA né la RUSADA hanno presentato appello al Tribunale Federale svizzero, il quale ovviamente non avrebbe potuto rivedere il merito della questione e quindi mettere in discussione l'applicazione del principio di proporzionalità.

In conclusione, è interessante notare come sanzionare lo "sport" di una nazione per i comportamenti illegittimi di alcuni suoi apparati sportivi o statali rappresenti indiscutibilmente un compito gravoso per gli organi giudicanti, specie laddove sanzionare una nazione significa includere anche i singoli del tutto estranei rispetto a quelle condotte. Tuttavia, appare evidente l'impossibilità, o quantomeno estrema difficoltà, di separare gli "innocenti" dai "colpevoli" in certi contesti. A parere di chi scrive non si tratta di andare contro la presunzione di innocenza del singolo quanto piuttosto di individuare una forma di responsabilità oggettiva a carico del singolo per quanto avvenuto nel proprio sistema-Paese. Un simile assetto di responsabilità non è sconvolgente se si pensa che normalmente, specie nell'ordinamento sportivo, è l'ente a rispondere oggettivamente per la condotta del singolo.

Si potrebbe obiettare che la responsabilità disciplinare debba rivestire dei parametri prettamente personali del soggetto investito, direttamente o indirettamente, dalla sanzione. Tuttavia, va ricordato che la responsabilità disciplinare non segue gli stessi criteri di quella penale, essendo la sua matrice comunque civilistica ed endo-associativa. Peraltro, anche seguendo un binario interpretativo pubblicistico, deve notarsi che pure le sanzioni emesse a carico di Stati per violazioni delle norme di diritto internazionale generalmente colpiscono (indirettamente) i cittadini di quello Stato. In merito, si pensi addirittura alle "*sports sanctions*" che furono adottate dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU contro la ex-Jugoslavia nel periodo 1992-1995.⁸³

Alla luce di quanto precede, si ritiene che – soprattutto considerata la novità della questione – l'approccio *cum grano salis* del TAS circa la durata delle sanzioni dimostri la sempre maggiore pervasività del principio di proporzionalità nella giurisprudenza sportiva nazionale e internazionale, nel momento in cui mira a contenere le conseguenze derivanti da quella che, nella normativa antidoping, definiremmo "*strict liability*".

⁸³ Si veda United Nations Security Council Resolution 757. Molti ricorderanno che la Danimarca sostituì il team jugoslavo agli Europei 1992, arrivando poi a vincere la competizione. Ai Giochi Olimpici e Paralimpici 1992 invece fu raggiunto un compromesso che permise agli atleti jugoslavi di gareggiare come "Independent Olympic (or Paralympic) Participants". In tema di accordi internazionali relativi a sanzioni di carattere sportivo si veda il Gleneagles Agreement ratificato dai paesi del Commonwealth nel 1977 al fine di boicottare il regime di apartheid applicato in Sudafrica mediante l'isolamento del Sudafrica da tutte le competizioni sportive.

**UN MOMENTO DIALETTICO TRA ORDINAMENTO SPORTIVO
E ORDINAMENTO STATALE: LA RIFORMA IN MATERIA DI
LAVORO SPORTIVO***

di *Giangabriele Agrifoglio***

ABSTRACT: D. lgs. February 28, 2021, n. 36 has profoundly changed the discipline regarding sports employment contracts. The essay focuses in particular on some critical issues of the reform, which appears in many ways detached from the “living” reality of the world of amateur sports. Having equalized different situations the reform seems not to have taken into account the specificities and concrete attitudes of relationships existing in the multifaceted world of sport.

Keywords: *Sports work – Italian sport reform – amateur sport.
Lavoro sportivo – riforma dello sport – sport amatoriale.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Una riforma dello sport che non conosce il mondo dello sport? – 3. Il nuovo lavoratore sportivo – 4. La disciplina del contratto di lavoro sportivo – 5. La prestazione sportiva amatoriale – 6. Brevi cenni sull’abolizione del vincolo sportivo – 7. Conclusioni

* Il presente saggio costituisce la rielaborazione e l’aggiornamento della relazione tenuta presso l’Università degli Studi di Messina nell’ambito della III ed. del “Laboratorio di diritto calcistico”.

** Ricercatore di diritto privato nell’Università degli Studi di Palermo. Abilitato Professore di seconda fascia in diritto privato. Avvocato. E-mail: giangabrieleagrifoglio@gmail.com.

1. Considerazioni introduttive

L'emergenza sanitaria causata dall'attuale pandemia da Covid 19 ha profondamente inciso sul mondo dello sport, specie su quello dilettantistico e "di base"; settori, questi, che rappresentano la culla del mondo sportivo e nei quali vengono coltivati non soltanto i futuri talenti ma anche quelle finalità sociali e inclusive che rappresentano i valori umani dello sport.

Gli obblighi di distanziamento imposti dai pubblici poteri al fine di tutelare la salute dei cittadini, considerata non soltanto come fondamentale diritto dell'individuo ma soprattutto come "interesse della collettività", hanno infatti sostanzialmente bloccato la maggior parte delle attività sportive svolte dalle associazioni sportive dilettantistiche ed in generale dalle palestre, arrecando a queste – da considerare vere e proprie formazioni sociali – danni economici estremamente rilevanti.

In tale clima di incertezza, sono state principalmente le piccole associazioni sportive a subire le conseguenze economiche disastrose della pandemia.

Come se non bastasse la crisi pandemica, sullo sport di base si è abbattuto l'impatto della riforma del lavoro sportivo prevista dal decreto legislativo n. 36 del 28 febbraio 2021.¹

Tale legislazione è particolarmente emblematica della continua dialettica tra ordinamento giuridico sportivo e ordinamento giuridico statale.

Basti considerare che a seguito dell'opposizione di una parte del mondo sportivo (*rectius*, dell'ordinamento sportivo) la data di efficacia degli articoli del decreto legislativo dedicati al lavoro sportivo è stata più volte rinviata.²

Ma si vada con ordine.

Il decreto legislativo n. 36 "recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici e di lavoro sportivo" è stato approvato dal Consiglio dei ministri appena due giorni prima della scadenza della delega³ conferita al Governo dall'art. 5 della l. 8 agosto 2019, n. 86 (scadenza

¹ Pubblicato in Gazz. Uff. n. 67 del 18 marzo 2021.

² Ai sensi dell'art. 51 del d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36 le disposizioni del decreto legislativo si sarebbero dovute applicare dal 1° gennaio 2022. Tale articolo veniva tuttavia modificato dalla bozza del c.d. decreto sostegni del 20 marzo 2021, secondo la quale «le disposizioni recate dal presente decreto si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2022, ad esclusione di quelle di cui agli articoli 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37 che si applicano a decorrere dal 1° luglio 2022. Infine, in data 6 maggio 2021 il Senato ha poi approvato il DDL n. 2144 (Conversione in legge del decreto legge 22 marzo 2021, n. 41), in www.senato.it ai sensi del quale «le disposizioni recate dal presente decreto si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2022, ad esclusione di quelle di cui agli articoli 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 che si applicano a decorrere dal 31 dicembre 2023».

³ V. Comunicato stampa del Governo del 26 febbraio 2021 nel quale si legge che «il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Mario Draghi, ha approvato, in esame definitivo, cinque decreti legislativi di riforma dell'ordinamento sportivo, in attuazione degli articoli 5, 6, 7, 8 e 9 della legge delega 8 agosto 2019, n. 86, in materia di lavoro sportivo, di semplificazioni e sicurezza in materia di sport».

prevista, dopo varie proroghe, il 28 febbraio 2021⁴); segno questo della difficoltà incontrata dal Governo nell'adottare una normativa sin dall'inizio vista con sfavore dalle Federazioni sportive e dagli organismi di base (palestre, piscine, centri *fitness* e così via).

Tra gli obiettivi più rilevanti perseguiti dall'art. 5 della legge delega si citano in particolare:

- il riconoscimento del principio di specificità dello sport e del rapporto di lavoro sportivo, come definito a livello nazionale e dell'Unione europea (art. 5, c. 1, lett. a);
- il riconoscimento del principio delle pari opportunità, anche per le persone con disabilità, nella pratica sportiva e nell'accesso al lavoro sportivo sia nel settore dilettantistico sia nel settore professionistico (art. 5, c. 1, lett. b);
- l'individuazione della figura del lavoratore sportivo, compresa la figura del direttore di gara, senza distinzioni di genere e indipendentemente dalla natura dilettantistica o professionistica dell'attività sportiva svolta (art. 5, c. 1, lett. b);
- la tutela della salute e della sicurezza dei minori che svolgono attività sportiva, con la previsione di specifici adempimenti e obblighi informativi da parte delle società e delle associazioni sportive (art. 5, c. 1, lett. d);
- la valorizzazione della formazione dei lavoratori sportivi, in particolare dei giovani atleti (art. 5, c. 1, lett. e);
- il riordino della normativa applicabile alle discipline sportive che prevedono l'impiego di animali, con riguardo, in particolare, agli aspetti sanitari, al trasporto, nonché alla tutela e al benessere degli stessi (c. 1, lett. n).

Le finalità perseguite dalla legge rappresentano non soltanto il frutto del mutamento dei tempi, ma anche il consolidamento di principi dottrinali nonché della giurisprudenza (tanto europea che nazionale) in materia di contratto di lavoro sportivo e di rapporti tra ordinamento giuridico sportivo ed ordinamenti 'altri' (da

⁴ V. al riguardo il *Dossier* del 14 dicembre 2020 redatto dal servizio studi della Camere dei Deputati, in <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier>, nel quale si legge testualmente che «in base sia all'art. 1 che all'art. 5 della L. 86/2019, gli schemi dovevano essere adottati entro 12 mesi dalla data dell'entrata in vigore della legge, ossia entro il 31 agosto 2020. Il termine per l'esercizio della delega è poi stato prorogato di 3 mesi dall'art. 1, co. 3, della L. 27/2020, in considerazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale derivante dalla diffusione del COVID-19. Sempre gli artt. 1 e 5 della L. 86/2019 hanno previsto che gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Camere per il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che devono esprimersi entro 45 giorni dalla data di trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque emanati. Hanno, altresì previsto che, se il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scade nei 30 giorni che precedono il termine per l'adozione dei decreti legislativi, o successivamente, il termine per l'adozione è prorogato di 90 giorni (c.d. "tecnica dello scorrimento"). Si tratta della circostanza concretamente realizzatasi. Pertanto, per effetto dello scorrimento, il termine per l'esercizio delle deleghe è fissato al 28 febbraio 2021. Infine, entrambi gli articoli hanno previsto che entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo è possibile adottare decreti integrativi e correttivi, con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi».

quello statale a quello europeo); si pensi all'obiettivo di consentire pari opportunità nell'accesso al mondo del lavoro sportivo alle donne e ai soggetti diversamente abili, o a quello volto a garantire una maggiore tutela ai minori nello sport o maggiore benessere agli animali coinvolti nelle manifestazioni sportive.⁵

Principi, questi, volti a tutelare concretamente i diritti fondamentali nonché a perseguire l'uguaglianza formale e sostanziale dei soggetti dell'ordinamento sportivo anche a scapito della specificità delle tradizionali regole sportive.

Del resto, alcune delle regole tipiche dello sport erano state già messe in crisi nel corso degli anni dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sin da quando esse sono state considerate contrastanti con i principi concorrenziali dell'Unione europea e con le norme sulla libera circolazione delle persone, merci, dei servizi e dei capitali.

Proprio da tale punto di vista la disciplina del contratto di lavoro sportivo⁶ rappresenta, sin dalla sua tipizzazione legale risalente all'adozione della

⁵ Ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. «coloro che detengono a qualsiasi titolo un animale impiegato in attività sportive, sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle sue esigenze etologiche. 2. Sono vietati metodi di addestramento e di allenamento che possono danneggiare la salute e il benessere psicofisico dell'animale, in quanto essere senziente ai sensi dell'articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. È altresì vietato qualsiasi metodo di coercizione o costrizione e l'utilizzo di mezzi o dispositivi che possano provocare danni alla salute e al benessere psicofisico dell'animale e comunque provocarne sofferenza. Devono essere utilizzati metodi di addestramento che tengono conto delle capacità cognitive e delle modalità di apprendimento degli animali. 3. Non è ammesso far allenare e gareggiare animali in stati fisiologici incompatibili con lo sforzo richiesto, come nel caso di gravidanza avanzata o di allattamento. La bardatura e le attrezzature da utilizzare per l'attività sportiva, compresa la ferratura, devono essere idonei ad evitare all'animale lesioni, dolore, sofferenze o disagi psico-fisici. 4. Le caratteristiche tecniche delle piste, dei campi e delle aree di gara, comunque denominate, nonché di tutte le relative attrezzature devono rispondere a criteri di sicurezza e salvaguardia dell'incolumità degli animali. Le strutture dove gli animali vengono custoditi devono assicurare agli stessi uno spazio di movimento e di riposo adeguato alla loro specifica natura. 5. Ogni animale deve essere dotato di un documento di identità anagrafica intestato a persona fisica maggiore di età o a persona giuridica, che ne assume i doveri di custodia, di mantenimento e di cura, e di una scheda sanitaria. 6. È fatto divieto di macellare o sopprimere altrimenti gli animali non più impiegati in attività sportive, fatta eccezione per l'abbattimento umanitario. 7. I veicoli per il trasporto degli animali devono garantirne la sicurezza e l'incolumità, essere ben ventilati, puliti e disinfettati e il trasporto deve avvenire nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 3 del Regolamento (CE) 1/2005 del Consiglio, del 22 dicembre 2004 e, comunque, garantendo condizioni tali da non esporre gli animali a lesioni o sofferenze. 8. È fatto obbligo al proprietario dell'animale di stipulare una polizza assicurativa per i danni provocati dall'animale anche qualora si trovi sotto la custodia di soggetto diverso dal proprietario stesso».

⁶ Sul contratto di lavoro sportivo, v., ad esempio, M. DE CRISTOFARO, *Legge 23 marzo 1981, n. 91, in Le nuove leggi civ. comm.*, 1982, 575 ss.; A. D'HARMANT FRANCOIS, *Lavoro sportivo (diritto del lavoro)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1; G. VIDIRI, *La disciplina del lavoro sportivo autonomo e subordinato*, in *Giust. civ.* 1993, 210; Id., *Il lavoro sportivo tra codice civile e norma speciale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 39 s.; A. BELLAVISTA, *Il lavoro sportivo professionistico e l'attività dilettantistica*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1997, 525 ss.; R. PRELATI, *La prestazione sportiva nell'autonomia dei privati* (Milano, 2003); V. FRATTAROLO, *Il rapporto di lavoro sportivo* (Milano 2004); E. CROCETTI BERNARDI – A. DE SILVESTRI – P. AMATO – L. MUSUMARRA – T. MARCHESE – N. FORTE, *Il rapporto di lavoro dello sportivo* (Forlì, 2007), *passim*; M. COLUCCI,

L. 23 marzo 1981 n. 81 (*norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti*), un punto di incontro e di scontro tra diverse fonti, tra diversi ordinamenti giuridici e tra diverse esigenze provenienti dai vari settori del mondo dello sport.⁷

Il contratto di lavoro sportivo si pone peraltro non soltanto come contratto di lavoro “speciale” (poiché sottratto all’applicazione di numerose norme in materia di rapporto di lavoro subordinato) ma anche come contratto che, pur essendo stato tipizzato dal legislatore italiano, appare in continua evoluzione proprio per il suo vivere a cavallo tra vari ordinamenti giuridici.

Non a caso tanto il testo che l’interpretazione dell’ancora vigente L. n. 91/1981 hanno subito negli anni un’incessante evoluzione attraverso un processo di stratificazione di usi, di norme e, soprattutto, di decisioni giurisprudenziali “normative” adottate dalla Corte di giustizia europea che, nell’epoca del «nuovo disordine delle fonti del diritto»,⁸ anche in tale materia si è posta «quale fonte di produzione del diritto dell’Unione assai più che non i supremi organi istituzionali».⁹

Si pensi alla famosa sentenza *Bosman*,¹⁰ la quale ha segnato almeno dal punto di vista mediatico¹¹ l’ingresso ufficiale dello sport nel processo di integrazione comunitario avendo messo in evidenza i profili di frizione tra l’autonomia dell’ordinamento sportivo ed i principi liberistici del mercato comunitario.¹²

Il rapporto di lavoro nel mondo dello sport, in Aa. Vv., *Diritto dello sport*, a cura di M. Colucci, Napoli, 2004, 17 ss.; J. TOGNON, *Il rapporto di lavoro sportivo: professionisti e falsi dilettanti*, in *Giuslavoristi.it*, 2005.

⁷ Sia consentito al riguardo il rinvio a G. AGRIFOGLIO, *Diritto comunitario, diritto interno e classificazione dei contratti: il contratto di lavoro sportivo punto di incontro tra ordinamenti*, in *Rivista della facoltà di scienze motorie dell’Università degli studi di Palermo*, 4, 2010, 99 ss.; Id, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2011, 257 ss.

⁸ G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 25.

⁹ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 29.

¹⁰ Corte giust., 15-12-1995, causa C-415/93, *Bosman*, *Raccolta*, 1995, I-4921. La letteratura sul caso *Bosman* è ovviamente sconfinata. Senza pretese di esaustività, v. ad esempio, S. AGRIFOGLIO, *Pluralismo ordinamentale, localismi giuridici e principio di sussidiarietà. Una chiave di lettura per l’Europa*, in www.lexitalia.it, 3/2005; A. PAPPALARDO – N. PARISIS, *Le droit de la concurrence et le sport professionnel par équipe*, *RMUE*, 1/1996, 57 ss.; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 458 s.; S. BASTIANON, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 3 ss.; G. VIDIRI, *Il caso Bosman e la circolazione dei calciatori professionisti nell’ambito della Comunità europea*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 1, ss.; M. CLARICH, “*La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*”, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 393 s.; S. BASTIANON, *La sentenza Bosman vent’anni dopo. Aspetti giuridico-economici della sentenza che ha cambiato il calcio professionistico europeo*, Torino, 2015, *passim*.

¹¹ In realtà, già prima della sentenza *Bosman* la Comunità europea si era occupata della compatibilità di norme settoriali sportive con i principi concorrenziali. V. ad esempio i casi *Walrawe* (Corte giust. 12 settembre 1974, Causa 36-74, in <https://eur-lex.europa.eu/legal>) e *Donà* (Corte giust. 14 luglio 1976, Causa 13-76, in <https://eur-lex.europa.eu/legal>).

¹² Va ricordato che tale sentenza è stata adottata in sede di rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di appello di Liegi volto a valutare, in primo luogo, la compatibilità delle norme sportive che prevedevano la previsione della c.d. indennità di formazione e promozione che una società acquirente avrebbe dovuto versare alla società alienante all’atto di trasferimento di un giocatore professionista

Orbene, la forza pervasiva del *decisum* del giudice comunitario è stata tale che poco tempo dopo dalla sua adozione il legislatore italiano è intervenuto sul testo della L. n. 91/1981, ed attraverso l'adozione del D. L. 20 settembre 1996, n. 485 (c.d. decreto *Bosman*) ne ha riformato l'art. 6 avendo abolito l'indennità di formazione e promozione e avendola sostituita con il c.d. premio di addestramento e formazione tecnica.¹³

Gli obiettivi della legge delega in materia di lavoro sportivo devono dunque essere visti nell'ottica della naturale evoluzione del professionismo sportivo, che deve ormai tenere in considerazione le esigenze di una società sempre più globale e pluralistica la quale ha finito per plasmare a propria immagine e somiglianza il mondo dello sport.

Invece, la L. n. 91/1981 era stata adottata non soltanto in maniera frettolosa e sotto la spinta dell'urgenza,¹⁴ ma soprattutto in un clima culturale nel quale lo sport professionistico era identificato principalmente con il calcio ed era ancora legato ad una visione, per così dire, maschilista non soltanto dell'atleta ma anche dei vari soggetti che partecipavano alla competizione sportiva (dagli arbitri agli istruttori).

In pochi allora avrebbero potuto pensare a come sarebbe mutata la considerazione che nella società ha assunto lo sport praticato da persone c.d. disabili, o alla circostanza che molti atleti paralimpici sarebbero divenuti modelli di fama planetaria ai quali perfettamente oggi si adatta (cosa un tempo impensabile) il motto: *citius, altius, fortius*.¹⁵

In pochi avrebbero potuto pensare all'importanza mediatica oggi acquisita dallo sport femminile ed in particolare dal calcio femminile, un tempo quasi tenuto ai margini dello sport anche per imperdonabili pregiudizi sessuali.

con i principi comunitari relativi alla libertà di circolazione dei lavoratori. Più precisamente, la prima delle questioni sollevate dal giudice a quo era quella relativa alla compatibilità tra l'art. 48 del Trattato e le norme, emanate da associazioni sportive, secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola a una società, può essere ingaggiato da una società calcistica di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

¹³ Con il D.L. 20 settembre 1996, n. 485, convertito in L. 18 novembre 1996, n. 586, si è provveduto a modificare il testo della L. 91/1981 mediante la soppressione, nell'ambito del calcio professionistico dell'indennità di preparazione e promozione e la previsione di un premio di addestramento e formazione tecnica. V. al riguardo, L. SANTORO, *Contrattualistica sportiva*, in G. LIOTTA, L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, 2019, 154.

¹⁴ Si allude all'urgenza di porre rimedio alla decisione giurisdizionale che aveva, di fatto, bloccato il c.d. calcio mercato; più precisamente nell'estate del 1978 un decreto del Pretore di Milano aveva inibito – “con il rischio di bloccare il regolare inizio dei campionati nazionali - lo svolgimento del calcio mercato sul presupposto che il trasferimento dell'atleta da una società all'altra, dietro il versamento di un “indennizzo”, contrastasse con la legge sul collocamento del 29 aprile 1949, n. 264, contenente il divieto di ogni forma di intermediazione privata nella stipulazione del contratto di lavoro subordinato. Sul punto sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Il contratto di lavoro sportivo*, cit., 100.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a G. AGRIFOGLIO, *Disabili e sport: dalla terapia alla ricerca della felicità*, in *Giustamm.it*, 1/2020.

Occorre tuttavia rilevare come il decreto legislativo in commento, pur avendo avuto il pregio di avere consentito l'accesso al mondo del lavoro sportivo alle donne, ai disabili¹⁶ ed ai c.d. falsi dilettanti, e di avere esteso a tutti i lavoratori sportivi le tutele previdenziali e assicurative già esistenti per i lavoratori dipendenti nei settori sportivi professionistici (artt. 34 e 35), è apparso, per contro sotto molteplici aspetti, avulso dalla realtà del mondo dello sport dilettantistico ed amatoriale.

Ciò specie laddove si consideri che tale decreto legislativo, nell'aver operato una generale e, verrebbe da dire, forzosa professionalizzazione di figure dell'ordinamento sportivo tra loro profondamente diverse (atleti, arbitri, istruttori, preparatori atletici, allenatori) indipendentemente dal tipo e dal livello di attività sportiva di volta in volta considerato, non ha tenuto conto delle specificità e della concretezza dei rapporti che si sviluppano negli organismi associativi che costituiscono il c.d. sport di base (fondati prevalentemente sull'associazionismo e sul volontariato), delle differenze che intercorrono tra i guadagni, i premi, le indennità di trasferta o i rimborsi spese di volta in volta previsti nei vari tipi di sport, nonché dei confini, spesso labili, che contraddistinguono lo sport professionistico (sia esso professionismo di fatto o di diritto) da quello dilettantistico e quello dilettantistico da quello amatoriale.

2. *Una riforma dello sport che non conosce il mondo dello sport?*

Proprio alla luce delle criticità sopra evidenziate la riforma in commento è stata sottoposta, ancor prima di nascere, a notevoli critiche da parte del mondo sportivo, sicché è stata emblematicamente definita come “una riforma dello sport che non piace al mondo dello sport”.¹⁷

Tale insoddisfazione è provenuta specialmente dalle Federazioni sportive, dalle discipline sportive associate, e dalle varie associazioni sportive operanti sul territorio nazionale, le quali hanno criticato il contenuto delle disposizioni legislative già durante i lavori preparatori, specie in considerazione del momento storico attuale il quale, dominato dalla pandemia da Covid 19, come si diceva, ha fortemente penalizzato il mondo dello sport, specie di quello dilettantistico e amatoriale.

Non a caso nel comunicato della FIGC (Federazione italiana gioco calcio) rilasciato nella seduta del 26 dicembre 2020 innanzi alla settima commissione permanente del Senato (istruzione pubblica, beni culturali) si legge testualmente

¹⁶ Il titolo VI del D. Lgs. ha disciplinato la materia delle pari opportunità per le persone con disabilità nell'accesso ai gruppi sportivi militari e ai corpi civili dello Stato. L'art. 47 del D. Lgs. prevede che il rapporto di lavoro tra gli atleti con disabilità fisiche o sensoriali e il Gruppo sportivo paralimpico della Difesa è instaurato previa selezione mediante procedura pubblica per soli titoli». Tuttavia non vi sono ragioni per escludere che anche lo sportivo paralimpico possa stipulare contratti di lavoro sportivo autonomo o subordinato ai sensi dell'art. 25.

¹⁷ V. F. BIANCHI, *Il governo approva la riforma dello sport (che non piace allo sport)*, in www.repubblica.it/rubriche/spycalcio/2021/02/26/news/governo_coni_riforma_dello_sport-289346717/.

che «la scelta operata nella bozza, orientata nella direzione di una diffusa prevalenza del lavoro subordinato sportivo, non è sostenibile dal mondo dell' associazionismo dilettantistico, sia dal punto di vista economico che dal punto di vista burocratico. Tale scelta, peraltro, non corrisponde alla realtà dei fatti, non essendo in alcun modo configurabile un rapporto di "lavoro" per calciatori, allenatori, ufficiali di gara».¹⁸

La FIGC evidenziava inoltre alcune criticità che emergevano dall' «inclusione, in particolare, degli arbitri tra i "lavoratori sportivi" (artt. 25 e 28), dato che oltre il 99% dei quasi 40.000 arbitri italiani di calcio riceve attualmente rimborsi spese non superiori ai 100 euro per gara diretta (200 euro in Serie C)» e che tale rapporto, prevalentemente di carattere associativo, è «impossibile da equiparare ad un normale rapporto tra lavoratore e datore di lavoro».¹⁹

Anche la Federnuoto aveva messo in rilievo, in quella sede, come «la formulazione di riforma del "Lavoro Sportivo" come è rappresentata nel decreto non sia sostenibile economicamente dalle associazioni e società sportive, tenuto conto del peso degli oneri previdenziali, assicurativi e fiscali che condurrebbero alla chiusura e al fallimento la stragrande maggioranza degli organismi sportivi, rendendo conseguentemente non attuabile detta riforma».²⁰

Il progetto di riforma è stato viceversa salutato positivamente da alcune associazioni rappresentative degli atleti (non a caso si trattava però di associazioni rappresentative di sport "ricchi" come il calcio, la pallavolo o il basket),²¹ le quali hanno messo in evidenza come l' inclusione dei dilettanti nel novero dei "lavoratori sportivi" abbia il pregio di tutelare finalmente la categoria dei c.d. falsi dilettanti o

¹⁸ Reperibile sul sito www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/41505.htm.

¹⁹ Reperibile sul sito www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/41505.htm.

²⁰ Reperibile sul sito www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/41505.htm.

²¹ Nel comunicato della AIC (Associazione italiana calciatori) reperibile anch'esso sul sito www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/41505.htm si legge testualmente: «con estrema soddisfazione, dunque, prediamo atto dello schema di decreto legislativo recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo (atto n. 230). La bozza normativa si caratterizza, infatti, sotto il profilo lavoristico per il tentativo di organizzazione del lavoro sportivo attraverso il riconoscimento della figura del lavoratore sportivo (art. 25), che viene declinato su tre direttrici: a) Il lavoratore sportivo autonomo (art. 25); b) Il lavoratore subordinato sportivo (artt. 25 e 26); c) Il lavoratore sportivo in ambito professionistico (art. 27) Su tali tre direttrici, che, di fatto rispondono a sollecitazioni di giustizia sociale e sostanziale acuite dall'attuale pandemia, si innesta l'art. 30, che legittima la stipulazione di contratti di apprendistato con giovani atleti, limitatamente alle forme di apprendistato previste dagli artt. 43 (Apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore) e 45 (Apprendistato di alta formazione e di ricerca) D.Lgs. n. 81/2015, restando correttamente esclusa, quindi, l'ipotesi dell'apprendistato professionalizzante». Anche l'Associazione italiana pallavolisti ha espresso il proprio parere positivo sulla riforma in oggetto avendo affermato che la riforma ha il pregio di intervenire «per risolvere la problematica dei cosiddetti "professionisti di fatto", ovvero atleti dilettanti che, pur svolgendo attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità al pari dei colleghi professionisti, non vengono riconosciuti dall'ordinamento come "lavoratori"». Secondo l'Associazione dei giocatori di Basket il decreto rispondeva ad una serie di richieste in materia di lavoro sportivo che da anni le associazioni degli atleti avevano presentato al legislatore.

dei c.d. professionisti di fatto; osservazione, questa, del tutto corretta, verrebbe da dire, purché limitata soltanto ad alcune categorie di sport ove soltanto si annida il fenomeno del falso dilettantismo.

Orbene, senza ovviamente voler prendere parte tra le fisiologiche ‘tifoserie’ che si sono scontrate sulla bontà o meno delle novità introdotte dalla riforma, occorre domandarsi se la normativa in esame possa avere offerto una migliore soluzione pratica e sistematica alle problematiche che erano sorte in passato in materia di lavoro sportivo (specie con riferimento agli aspetti della tutela giuslavoristica offerta ai c.d. professionisti di fatto) e possa conciliare gli opposti interessi presenti nella “società degli sportivi” (si pensi all’interesse dei “falsi dilettanti” ad ottenere le tutele lavoristiche con quello degli enti associativi a non sobbarcarsi di dispendiosi adempimenti che li esporrebbero ad ulteriori e spesso non realmente giustificati sacrifici economici).

L’art. 25 del d. lgs., ad esempio, nel momento in cui considera lavoratori sportivi tanto i dilettanti quanto i professionisti indipendentemente dalla qualifica operata dalle Federazioni di appartenenza parrebbe porre fine alla tradizionale partizione «in due mondi»²² del lavoro sportivo, ovvero «quello del lavoro sportivo professionistico secondo “la qualificazione delle federazioni sportive nazionali”, al quale dichiara di riferirsi la legge n. 91, e quello delle attività dilettantistiche meritevoli di essere qualificate di lavoro professionistico (subordinato, parasubordinato od autonomo che sia) alla stregua dell’ordinamento giuslavoristico».²³

Una normativa che accomunasse tutti i lavoratori sportivi (di fatto e di diritto) avrebbe infatti il pregio di far emergere il lavoro appartenente al secondo mondo da quel limbo giuridico che lo aveva posto in una «sorta di indifferenza da parte dell’ordinamento giuslavoristico»²⁴ e renderebbe applicabile a tutte le tipologie di lavoro sportivo (indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico) la normativa speciale sul contratto di lavoro sportivo.

Senonché un conto è il falso dilettantismo che si può annidare, ad esempio, negli alti settori delle Federazioni rappresentative di sport economicamente rilevanti (dalla Formula uno alla pallavolo di serie A, le cui Federazioni ad oggi non hanno ancora introdotto un settore professionistico), un conto è il vero dilettantismo che si ritrova nelle associazioni all’interno delle quali si praticano, ad esempio, attività sportive “di nicchia” con finalità ludico-amatoriali e/o agonistiche, sia pur di alto livello (dalla palestra di *fitness* a quella di pugilato frequentata da atleti di rilievo nazionale o internazionale).

Da un lato, in altri termini, vi sono i soggetti che dedicano tutto il proprio tempo e le proprie energie all’attività sportiva e che traggono da essa la propria fonte di sostentamento, dall’altro, vi sono i soggetti che praticano attività sportiva fondamentalmente per appagare la propria passione per un certo sport, o che coadiuvano gli atleti o le associazioni sportive per far sì che le manifestazioni

²² P. Tosi, *Sport e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 3/2006, 717.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

sportive possano svolgersi al meglio, pur non prestando tale attività come “lavoro” (dagli istruttori agli arbitri ai cronometristi ai vari collaboratori sportivi).

Una eccessiva estensione dell’area del “professionismo di fatto” o del “falso dilettantismo” presenta dunque il rischio di far considerare come lavoratori sportivi soggetti che tali non sono e che tali non vogliono essere; si pensi a chi, pur svolgendo un lavoro del tutto estraneo all’ordinamento sportivo, pratici l’attività sportiva da “vero” dilettante, e dunque con spirito competitivo ma liberale e gratuito,²⁵ raggiungendo dignitosi, se non addirittura importanti risultati agonistici ed economici (si potrebbe fare l’esempio di un pubblico dipendente che sia al contempo un famoso arbitro o allenatore).

È facilmente intuibile il pregiudizio che egli potrebbe subire nel caso in cui fosse considerato lavoratore sportivo, dato che rischierebbe di andare incontro persino a sanzioni disciplinari da parte del proprio datore di lavoro pubblico laddove l’attività lavorativa sportiva non fosse ritenuta compatibile con il pubblico impiego;²⁶ pregiudizio, questo, che ovviamente coinvolgerebbe anche l’associazione o la società dilettantistica presso la quale egli esercita la propria attività la quale dovrebbe rispondere per la mancata applicazione delle norme a tutela del lavoratore.

Inoltre una eccessiva espansione “dell’ordinamento giuslavoristico” in materia sportiva potrebbe penalizzare i piccoli e medi enti associativi, costretti a sobbarcarsi, come si diceva, di una serie di adempimenti economici e burocratici difficilmente affrontabili da realtà spesso familiari o comunque organizzate senza ingenti risorse economiche.

D’altro canto è anche vero che l’estensione delle tutele in tema di salute e di sicurezza sul lavoro, ovvero di quelle relative agli istituti di sicurezza sociale in favore di una platea di lavoratori sinora esclusi dalle stesse potrebbe costituire un’occasione per eliminare una disparità di trattamento non più accettabile in un mondo sportivo rivolto ormai all’inclusione di tutte le categorie di soggetti di ogni genere ed età.

Occorre dunque esaminare le novità introdotte dalla riforma in materia di lavoro sportivo, al fine di valutare se essa possa essere considerata una “riforma che non conosce il mondo dello sport”, ovvero se sia riuscita a conciliare e bilanciare lo «scopo di garantire l’osservanza dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione nel lavoro sportivo, sia nel settore dilettantistico sia nel settore professionistico»³ con quello «di assicurare la stabilità e la sostenibilità del sistema dello sport», nel rispetto del «principio della specificità dello sport e del rapporto di lavoro sportivo come definito a livello nazionale e dell’Unione europea».²⁸

²⁵ Sul principio di gratuità nello sport v. G. LIOTTA, *Brevi note sul principio di gratuità nello sport*, in A. Donati, A. Garilli, S. Mazzarese, & A. Sassi (a cura di), *Diritto Privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2009, 427 ss.

²⁶ Ma su tale problematica si tornerà in seguito.

²⁷ Cfr., Disegno di legge n. 1603 bis del 15 febbraio 2019 in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione, in *documenti.camera.it*.

²⁸ Cfr., Disegno di legge n. 1603 bis del 15 febbraio 2019, cit.

3. *Il nuovo lavoratore sportivo*

Come già anticipato, il legislatore delegato ha introdotto significative modifiche alla disciplina prevista dalla l. n. 91/1981 in materia di lavoro sportivo attraverso il Titolo V del d. lgs. in commento (disposizioni in materia di lavoro sportivo); tuttavia, l'entrata in vigore di tali modifiche, che avrebbe dovuto avere luogo a partire dal 1° luglio 2022,²⁹ è stata ulteriormente rinviata al 31 dicembre 2023.³⁰

Tali norme distinguono in particolare i lavoratori sportivi "senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico" (art. 25), i lavoratori sportivi che operano nei settori "professionistici" (art. 26) e gli "amatori che mettono a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere lo sport, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fine di lucro, neanche indiretti, ma esclusivamente con finalità amatoriali" (art. 29).

L'art. 25, comma 1, diversamente dall'art. 2 della L. n. 91/1981³¹ considera lavoratore sportivo «l'atleta, l'allenatore, l'istruttore, il direttore tecnico, il direttore sportivo, il preparatore atletico e il direttore di gara che, senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico, esercita l'attività sportiva fuori dalle prestazioni amatoriali di cui all'articolo 29».³²

La norma in esame aggiunge dunque due nuove figure professionali tra i lavoratori sportivi, ovvero l'istruttore sportivo³³ e il direttore di gara, quest'ultimo

²⁹ Ai sensi dell'art. 51 del d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, come modificato dalla bozza del c.d. decreto sostegni del 20 marzo 2021, «le disposizioni recate dal presente decreto si applicano a decorrere dal 1 gennaio 2022, ad esclusione di quelle di cui agli articoli 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37 che si applicano a decorrere dal 1° luglio 2022».

³⁰ Cfr., DDL n. 2144, cit. ai sensi del quale «le disposizioni recate dal presente decreto si applicano a decorrere dal 1 gennaio 2022, ad esclusione di quelle di cui agli articoli 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 che si applicano a decorrere dal 31 dicembre 2023».

³¹ Il quale prevedeva che «sono sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi ed i preparatori atletici, che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguono la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle federazioni stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica».

³² Ai sensi del quale «le prestazioni sportive amatoriali di cui al comma 1 non sono retribuite in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Per tali prestazioni sportive amatoriali possono essere riconosciuti premi e compensi occasionali in relazione ai risultati ottenuti nelle competizioni sportive, nonché indennità di trasferta e rimborsi spese, anche forfettari, a cui si applica l'articolo 36, comma 7. Quando le suddette indennità di trasferta e rimborsi spese superano il limite reddituale di cui all'articolo 69, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le prestazioni sportive sono considerate di natura professionale, ai sensi dell'articolo 25, comma 1, per l'intero importo».

³³ Sulla problematica relativa alla definizione della figura dell'istruttore sportivo v., ad esempio, F. RENDE, *La responsabilità degli istruttori sportivi*, in *Olympialex Review*, 2/2020, il quale ricorda come «la figura dell'istruttore sportivo non rinviene nel nostro ordinamento una disciplina compiuta e organica; spetta, perciò, all'interprete ricostruirne i contorni mettendo insieme i pochi frammenti

definito dall'art. 2 lett. o) come «il soggetto che, osservando i principi di terzietà, imparzialità e indipendenza di giudizio, svolge, per conto delle competenti Federazioni sportive nazionali, Discipline Sportive Associate e Enti di Promozione Sportiva, attività volte a garantire la regolarità dello svolgimento delle competizioni sportive»; inoltre, rispetto alla precedente formulazione dell'art. 2 della L. n. 91/1981, la nuova norma scinde in due figure (il direttore sportivo³⁴ e il direttore tecnico³⁵) quella che in precedenza era considerata quale unica figura di lavoratore sportivo (il direttore tecnico sportivo).

Così come avvenuto sotto il vigore della l. 91 del 1981 si potrebbe discutere se tale elencazione sia tassativa ovvero esemplificativa; orbene, ancora oggi appare più corretto «ritenere che il legislatore abbia inteso elencare in maniera esemplificativa solo le figure più frequenti e conosciute, senza escludere l'estensione della tutela propria del professionista ed altre eventualmente previste o prevedibili dagli ordinamenti federali».³⁶

Sicché, nonostante la nuova elencazione dei lavoratori sportivi continui ad escludere dal mondo del lavoro sportivo il medico sportivo ed il massaggiatore sportivo,³⁷ sembra più opportuno affermare che tali professionisti, partecipando

disseminati nella normativa nazionale e regionale oltre che nell'ordinamento sportivo». È da rilevare che l'art. 42 del D. Lgs. in commento prevede che «i corsi e le attività motorie e sportive offerti all'interno di palestre, centri e impianti sportivi di ogni tipo, a fronte del pagamento di corrispettivi a qualsiasi titolo, anche sotto forma di quote di adesione, devono essere svolti con il coordinamento di un chinesologo o di un istruttore di specifica disciplina» e che L'istruttore di specifica disciplina deve essere in possesso dei requisiti previsti per le singole attività motorie e sportive dalle relative Federazioni Sportive Nazionali, dalle Discipline Sportive Associate o dagli Enti di Promozione Sportiva riconosciuti dal CONI e dal CIO.

³⁴ Definito dall'art. 2 lettera p) del D. Lgs. n. 36/2021 come «il soggetto che cura l'assetto organizzativo e amministrativo di una società sportiva, con particolare riferimento alla gestione dei rapporti fra società, atleti, e allenatori, nonché la conduzione di trattative con altre società sportive aventi ad oggetto il trasferimento di atleti, la stipulazione delle cessioni di contratto e il tesseramento».

³⁵ Definito dall'art. 2 lettera q) del D. Lgs. n. 36/2021 come «il soggetto che cura l'attività concernente l'individuazione degli indirizzi tecnici di una società sportiva, sovrintendendo alla loro attuazione e coordinando le attività degli allenatori a cui è affidata la conduzione tecnica delle squadre della società sportiva».

³⁶ M. COLUCCI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 19.

³⁷ In coerenza con quell'orientamento giurisprudenziale che, sulla base di una presunta tassatività del novero dei lavoratori sportivi di cui all'art. 2 della L. 91/1981, aveva ritenuto che i medici sportivi «forniscono una prestazione per così dire esterna, in quanto non solo non sono chiamati alla prestazione atletica, ma neppure sono coinvolti nella programmata ottimizzazione di questa né nelle scelte e strategie del gioco e dell'impiego dei singoli atleti». Cfr., ad esempio, Pret. Venezia, 22 luglio 1998, in *Riv. dir. sport.*, 1998, 164 ss., nella quale si è negata la qualifica di sportivi professionisti ai sensi dell'art. 2, legge n. 91/1981 ai massaggiatori ed ai medici sportivi. Nello stesso senso v. Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2008, n. 9551, in *Rivista della Facoltà di scienze motorie dell'Università degli studi di Palermo*, II, 2008, 182, con nota di F.M. Carini, ove si è affermato che «l'art. 2 della l. n. 91 del 23 marzo 1981 opera una distinzione tra le figure tassativamente indicate di sportivi professionisti (atleti, allenatori, direttori tecnico-sportivi), rientrante nel proprio ambito di applicazione, e gli altri sportivi professionisti (quali massaggiatori, medici sociali, ecc.) non indicati in detta disposizione, il cui rapporto di lavoro, qualora ne ricorrano gli estremi, è assoggettato invece alle generali norme regolanti il rapporto di lavoro subordinato».

alla “ottimizzazione della prestazione atletica” ed alle scelte relative all’impiego dei singoli atleti”, possono essere considerati lavoratori sportivi.

Con la conseguenza che, anche con riferimento a tali figure, si dovrebbe valutare di volta in volta la ricorrenza dei requisiti per considerarli o meno lavoratori sportivi (siano essi autonomi o subordinati); è ovvio infatti come diversa sia la prestazione di un medico che operi all’interno di una polisportiva o di una palestra, rispetto a quella di un medico sociale di una squadra di calcio che militi in serie A.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla tassatività o meno dell’elenco dei nuovi lavoratori sportivi, l’articolo in esame, nel considerare come lavoratore chi «esercita l’attività sportiva fuori dalle prestazioni amatoriali di cui all’articolo 29» presenta il limite di collegare una definizione (quella di lavoratore sportivo) ad una negazione (fuori dalle prestazioni amatoriali).

In altri termini la norma fa dipendere, così come del resto il successivo art. 29, la distinzione tra attività lavorativa ed attività amatoriale soltanto dall’ammontare “delle indennità di trasferta o dei rimborsi spese percepiti annualmente dal soggetto dell’ordinamento sportivo fissati dal comma 2 dell’art. 69 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi – TUIR).³⁸

Vero è che tale normativa era già richiamata da parte dell’art. 90, comma 3 della L. 27 dicembre 2002, n. 289,³⁹ che aveva modificato l’art. 67 comma 1 lett. m del TUIR;⁴⁰ e tuttavia tale richiamo aveva lo scopo di prevedere un trattamento fiscale agevolato per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo gestionale di natura non professionale a favore di società e associazioni sportive dilettantistiche, e non già quello di fornire un *discrimen* tra amatore e lavoratore sportivo.

Discrimen, questo, che non può essere costituito soltanto dalla percezione di emolumenti economici.

³⁸ Ai sensi «del quale le indennità, i rimborsi forfettari, i premi e i compensi di cui alla lettera m) del comma 1 dell’art. 67 non concorrono a formare il reddito per un importo non superiore complessivamente nel periodo d’imposta a 10.000 euro. Non concorrono altresì a formare il reddito i rimborsi di spese documentate relative al vitto, all’alloggio, al viaggio e al trasporto sostenute in occasione di prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale».

³⁹ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2003).

⁴⁰ Ai sensi del quale «sono redditi diversi se non costituiscono redditi di capitale ovvero se non sono conseguiti nell’esercizio di arti e professioni o di imprese commerciali o da società in nome collettivo e in accomandita semplice, né in relazione alla qualità di lavoratore dipendente: [...] m) le indennità di trasferta, i rimborsi forfettari di spesa, i premi e i compensi erogati ai direttori artistici ed ai collaboratori tecnici per prestazioni di natura non professionale da parte di cori, bande musicali e filodrammatiche che perseguono finalità dilettantistiche, e quelli erogati nell’esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche dal CONI, dalla società Sport e salute Spa, dalle Federazioni sportive nazionali, dall’Unione Nazionale per l’Incremento delle Razze Equine (UNIRE), dagli enti di promozione sportiva e da qualunque organismo, comunque denominato, che persegue finalità sportive dilettantistiche e che da essi sia riconosciuto. Tale disposizione si applica anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale di natura non professionale resi in favore di società e associazioni sportive dilettantistiche».

Da un lato infatti anche lo sportivo amatore può ricevere compensi, sia pur occasionali, o premi, che non si identificano con i corrispettivi per l'attività sportiva svolta; dall'altro, la qualifica di lavoratore non si fonda soltanto sulla percezione di un corrispettivo, ma anche su di una serie di caratteristiche, quali l'esistenza, per il lavoro subordinato, di un potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro⁴¹ ovvero, laddove di tratti di lavoro autonomo, l'esistenza di una specifica obbligazione, sia essa di mezzi o di risultato, per il cui adempimento è richiesta una «diligenza qualificata, ai sensi del secondo comma dell'art. 1776 c.c.»,⁴² ovvero «uno standard di comportamento più elevato, conforme alla natura qualificata della professione svolta».⁴³

Da tale punto di vista era certamente preferibile il riferimento dell'art. 2 della L. n. 91/1981 al «carattere oneroso e continuativo della prestazione sportiva»; elementi che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza tanto nazionale che comunitaria, avrebbero dovuto viceversa essere di volta in volta valutati in relazione alle concrete modalità di esercizio dell'attività sportiva, indipendentemente dalla circostanza che la Federazione sportiva avesse considerato l'atleta (o qualunque altro soggetto dell'ordinamento sportivo) come dilettante o come professionista.⁴⁴

Ciò specialmente laddove si consideri che la norma in commento afferma al secondo comma che, ricorrendone i presupposti, l'attività di lavoro sportivo può formare oggetto di rapporto di lavoro subordinato, autonomo, di collaborazione coordinata e continuativa «fatta salva l'applicazione dell'articolo 2 comma 1 del D. Lgs. 15 giugno 2015 n. 81»,⁴⁵ lasciando così intendere che, in ogni caso, indipendentemente dal *quantum* dei rimborsi spese e delle indennità di trasferta ricevuti di volta in volta dallo sportivo, è «ai presupposti» che occorre guardare al fine di distinguere tra le varie tipologie di attività lavorativa.

⁴¹ Su tali caratteristiche v., ad esempio, Cass. civ. sez. lav., 23/01/2020, n.1555, in www.dejure.it.

⁴² In tal senso, v. Cass. civ. sez. III, 25/09/2012, n.1625, in www.dejure.it.

⁴³ In tal senso, v., ad esempio, Trib. Cremona, 24/04/2020, n. 163, in www.dejure.it.

⁴⁴ V. ad esempio, Corte giust. com. eur., 11-4-2000, *Christelle Delière c. Ligue française de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo*, cause riunite C-51/96 e C- 191/97, Raccolta, 2000, I- 2549, secondo la quale «la semplice circostanza che un'associazione o federazione sportiva qualifichi unilateralmente come dilettanti gli atleti che ne fanno parte non è di per sé tale da escludere che questi ultimi esercitano attività economiche ai sensi dell'art. 2 CE». In materia di configurazione del rapporto di lavoro sportivo come lavoro subordinato v. Cass. civ. sez. lav., 01/12/2008, n.28525, secondo la quale «elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discrezionale, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative». (comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), D.L. 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 novembre 2019, n. 128).

⁴⁵ Secondo il quale «a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

Merita particolare attenzione il riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, le quali rappresentano un ambito di grande rilievo per le associazioni sportive dilettantistiche; basti pensare che, come rilevato, esse venivano disciplinate all'art. 90, comma 3 della L. 27 dicembre 2002, n. 289 al fine di delineare un regime fiscale agevolato e che, peraltro, le indennità di trasferta, i compensi occasionali, i premi e i rimborsi spese percepiti in relazione ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale di natura non professionale resi in favore di società e associazioni sportive dilettantistiche sono considerati redditi diversi.⁴⁶

Tali agevolazioni si sarebbero dovute applicare tanto alle collaborazioni di natura gestionale-amministrativa che esulano “dalle conoscenze tecnico giuridiche direttamente collegate all'attività di lavoro autonomo esercitata abitualmente”⁴⁷ quanto alla prestazione sportiva propriamente detta.

Alla luce di tale normativa la prestazione sportiva dilettantistica e le collaborazioni del personale tecnico amministrativo avrebbero dovuto dunque fare eccezione alla norma del comma 1 del medesimo decreto ai sensi della quale «alle prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente si applica la disciplina del lavoro subordinato».

In altri termini le collaborazioni coordinate e continuative in ambito sportivo dilettantistico non sarebbero state sottoposte alla normativa in materia di lavoro subordinato neanche ove avessero presentato i requisiti del comma 1.

Senonché, il d. lgs. n. 36 del 2021 in commento, dopo aver richiamato all'art. 25 le previsioni di cui all'art. 2, co. 2, lett. d) del d. lgs. n. 81/2015, ne ha previsto, all'art 52 comma 1, lett. d), l'abrogazione dal 1° luglio 2022.⁴⁸

Tale abrogazione, che elimina ogni deroga legale in tema di collaborazioni coordinate e continuative eterodirette nell'ambito sportivo dilettantistico, alle quali, si ripete, non si sarebbe dovuta applicare la disciplina del lavoro subordinato, lascerebbe dunque scoperte e suscettibili di essere assimilate all'attività lavorativa di tipo subordinato tutte quelle realtà facenti capo a figure che collaborano con le associazioni ricoprendo ruoli diversi con mansioni tra le più disparate al fine di coadiuvare e rendere possibile l'esercizio dello sport dilettantistico e che spesso rappresentano la linfa vitale, per così dire, dello sport di base.

Il comma 3 aggiunge inoltre che i contratti di lavoro di volta in volta stipulati possono essere oggetto di certificazione,⁴⁹ e che gli accordi collettivi stipulati

⁴⁶ Cfr., art. 67 lett. m, TUIR.

⁴⁷ Cfr. Circolare Agenzia delle entrate n. 21/E/2003, in www.siae.it/sites/default/files/Circolare%20Agenzia%20delle%20Entrate%20n.%202021-E%20del%202022.04.2003.pdf.

⁴⁸ V. art. 52 d. lgs n. 36/2021.

⁴⁹ La certificazione consiste in una procedura volontaria mediante la quale le parti possono chiedere alle c.d. Commissioni di certificazione, un accertamento sulla qualificazione del contratto, volto a dare ad esse una maggiore certezza sulla natura e sulle caratteristiche del modello contrattuale da loro adottato, nonché a “deflazionare” il contenzioso.

dalle Federazioni Sportive nazionali, dalle Discipline sportive associate, anche Paralimpiche, e dalle Organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale possono individuare, al fine di fare appunto “certificare” il tipo contrattuale, alcuni “indici” delle fattispecie utili ai sensi dell’articolo 78 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276;⁵⁰ il comma 4 aggiunge che «ricorrendone i presupposti, l’attività di lavoro sportivo può essere altresì oggetto di prestazioni occasionali secondo la disciplina dell’articolo 54-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96».⁵¹

Di particolare interesse infine, sempre con riferimento alla distinzione tra professionista e amatore, è, ancora, il comma 6 dell’art. 25 il quale, dopo avere ribadito⁵² che «i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni possono prestare la propria attività nell’ambito delle società e associazioni sportive dilettantistiche fuori dall’orario di lavoro, fatti salvi gli obblighi di servizio, previa

⁵⁰ Ai sensi del quale «la procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro. 2. Le procedure di certificazione sono determinate all’atto di costituzione delle commissioni di certificazione e si svolgono nel rispetto dei codici di buone pratiche di cui al comma 4, nonché dei seguenti principi: a) l’inizio del procedimento deve essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l’atto di certificazione è destinato a produrre effetti. Le autorità pubbliche possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione; b) il procedimento di certificazione deve concludersi entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della istanza; c) l’atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l’autorità cui è possibile ricorrere; d) l’atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione. 3. I contratti di lavoro certificati, e la relativa pratica di documentazione, devono essere conservati presso le sedi di certificazione, per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza. Copia del contratto certificato può essere richiesta dal servizio competente di cui all’articolo 4-bis, comma 5, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, oppure dalle altre autorità pubbliche nei confronti delle quali l’atto di certificazione è destinato a produrre effetti. 4. Entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta con proprio decreto codici di buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi. Tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. 5. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali vengono altresì definiti appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro».

⁵¹ Il quale prevede, entro determinati limiti, la possibilità di acquisire prestazioni di lavoro occasionali, «intendendosi per tali le attività lavorative che danno luogo, nel corso di un anno civile, (c-bis) «per ciascun prestatore, per le attività di cui al decreto del Ministro dell’interno 8 agosto 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 23 agosto 2007, svolte nei confronti di ciascun utilizzatore di cui alla legge 23 marzo 1981, n. 91, a compensi di importo complessivo non superiore a 5.000 euro».

⁵² Tale ultima disposizione ricalca la previsione dell’art. 90, comma 23, della già citata L. n. 289/2002, il quale riconosceva agli impiegati pubblici la possibilità di prestare attività sportiva nell’ambito di società o associazioni sportive dilettantistiche purché ciò avvenisse fuori dall’orario di lavoro e a titolo gratuito, e comunque fatti salvi gli obblighi di servizio, previa comunicazione all’amministrazione di appartenenza.

comunicazione all'amministrazione di appartenenza», aggiunge che «a essi si applica il regime delle prestazioni amatoriali di cui all'art. 29».

Il richiamo all'art. 29 per distinguere, anche con riferimento ai lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni, le prestazioni amatoriali da quelle professionali non tiene conto tuttavia della circostanza che nel mondo dello sport possono verificarsi fattispecie, come già rilevato, nelle quali un pubblico dipendente che per pura passione sia al contempo un atleta, un istruttore o un arbitro di medio-alto livello, si dedichi all'attività sportiva con continuità non già semplicemente da sportivo amatore bensì con quello spirito diverso e maggiormente competitivo che caratterizza il dilettante.

In tal caso egli correrebbe il rischio di venire considerato "lavoratore sportivo" sol perché superi la soglia dei diecimila euro annui in termini di rimborsi spese o di indennità di trasferta, e potrebbe pertanto sottostare al regime di incompatibilità con il rapporto di pubblico impiego (rischiando sanzioni disciplinari) pur esercitando – si ripete – l'attività sportiva al di fuori dall'orario lavorativo, senza il vincolo di subordinazione e senza quella particolare diligenza qualificata che caratterizza ogni attività lavorativa.

Con l'ulteriore conseguenza che la norma finirebbe addirittura per creare una disparità di trattamento con riferimento agli altri lavoratori: mentre la regola infatti è che la retribuzione debba essere proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato (art. 36 Cost.) per il lavoratore sportivo sarebbe viceversa l'entità della retribuzione a far da spartiacque tra lavoratore e amatore.

4. La disciplina del contratto di lavoro sportivo

L'art. 26 del d. lgs. (rapporto di lavoro subordinato sportivo) disciplina le modalità attraverso le quali si svolge il rapporto di lavoro subordinato sportivo per gli sportivi di cui all'art. 25 "che non appartengono a settori professionistici".

Esso, riproducendo in buona sostanza alcune delle norme che l'art. 4 della L. n. 91/1981 dedicava ai "professionisti sportivi", sottrae il contratto di lavoro subordinato sportivo "dei dilettanti" all'applicazione di alcune delle regole caratterizzanti la disciplina del contratto di lavoro subordinato.

Vengono inoltre estese a tali tipologie contrattuali la possibilità di inserire una clausola compromissoria, l'opportunità per le Federazioni sportive, estesa anche alle Discipline sportive associate ed agli enti di promozione sportiva, di costituire un fondo per la corresponsione dell'indennità di anzianità al termine dell'attività sportiva a norma dell'art. 2123 c.c., nonché il divieto di apposizione di clausole di non concorrenza per il periodo successivo alla risoluzione del contratto.

È poi riprodotta testualmente la disciplina prevista dall'art. 5 della L. n. 91/1981 relativa alla durata del contratto ed ai trasferimenti prima della scadenza contrattuale «purché vi consenta l'altra parte e siano osservate le modalità fissate dalle FSN, dalle DSA o dagli EPS».

Orbene, la sottrazione del contratto di lavoro subordinato sportivo, anche per i soggetti che operano in settori “non professionistici”, dall’area di applicazione di alcune norme relative alla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato fa sì che anche per i lavoratori operanti nei settori dilettantistici (i vecchi professionisti di fatto) possa oggi parlarsi di rapporto di lavoro speciale, contrariamente a quanto avveniva in passato, dove ai rapporti di lavoro dei falsi dilettanti non veniva applicata la legge 91 del 1981 bensì la disciplina generalmente applicabile a tutti i rapporti di lavoro.

L’art. 27 (Rapporto di lavoro sportivo nei settori professionistici), dopo avere previsto che «il lavoro sportivo prestato nei settori professionistici è regolato dalla norme contenute nel presente titolo, salvo quanto diversamente disciplinato dai successivi commi del presente articolo», stabilisce che «nei settori professionistici, il lavoro sportivo prestato dagli atleti come attività principale, ovvero prevalente, e continuativa, si presume oggetto di lavoro subordinato».

Nonostante dunque la finalità della legge delega di equiparare tutti i lavoratori sportivi sotto la figura del “lavoratore sportivo” il decreto legislativo lascia inalterata la distinzione tra settore professionistico e settore dilettantistico avendo lasciato, come si vedrà oltre, all’ordinamento sportivo, sebbene soltanto sino ad una certa data (otto mesi dall’entrata in vigore del d. lgs.), letteralmente la possibilità di distinguere tra tali settori (art. 38).

Il secondo comma dell’art. 27 prende dunque in considerazione soltanto “gli atleti” che operano nei settori professionistici al fine di stabilire una presunzione *iuris tantum* di subordinazione, mentre i successivi commi dedicano agli sportivi professionisti alcune regole “speciali”.

La presunzione di subordinazione dell’atleta, così come previsto dalla precedente normativa, può essere superata attraverso la prova (peraltro già prevista dall’art. 3 della L. n. 91/1981) di almeno uno dei seguenti requisiti: «a) l’attività sia svolta nell’ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo; b) l’atleta non sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza a sedute di preparazione od allenamento; c) la prestazione che è oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni ogni mese ovvero trenta giorni ogni anno» (comma 3).

Rimane così ferma la distinzione tra “atleta lavoratore subordinato dei settori professionistici” ed “atleta lavoratore autonomo dei settori professionistici” basata non già «sull’assoggettamento del lavoratore subordinato al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro, potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo), oltre che nell’esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull’esecuzione dell’attività lavorativa e nello stabile inserimento del lavoratore nell’organizzazione aziendale del beneficiario della prestazione»,⁵³ bensì

⁵³ V., tra le tante, Cass. Sez. lav. 3 giugno 1998 n. 5464, www.dejure.it.

principalmente sul tempo che viene dedicato allo svolgimento dell'attività sportiva; distinzione, questa, che appare criticabile, dato che nulla vieta che anche un lavoratore autonomo possa dedicare, ad esempio, più di otto ore settimanali, di cinque giorni al mese o di trenta giorni all'anno all'attività sportiva.

Le regole "speciali" applicabili al solo contratto di lavoro sportivo nei settori professionistici (anche in questo caso riproducendo in buona sostanza l'art. 4 della L. n. 91/1981) prevedono poi che «il rapporto di prestazione sportiva a titolo oneroso si costituisce mediante assunzione diretta e con la stipulazione di un contratto in forma scritta, a pena di nullità, tra lo sportivo e la società destinataria delle prestazioni sportive, secondo il contratto tipo predisposto ogni tre anni dalla Federazione sportiva, dalla Disciplina sportiva associata e dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, sul piano nazionale, delle categorie di lavoratori sportivi interessate, conformemente all'accordo collettivo stipulato» (comma 4); «che la società ha l'obbligo di depositare, entro sette giorni dalla stipulazione, il contratto presso la Federazione Sportiva Nazionale o la Disciplina Sportiva Associata per l'approvazione» (comma 5); prevedono inoltre che le eventuali clausole contenenti deroghe peggiorative sono sostituite di diritto da quelle del contratto tipo» (comma 6) e che il «contratto individuale dovrà contenere la clausola contenente l'obbligo dello sportivo al rispetto delle istruzioni tecniche e delle prescrizioni impartite per il conseguimento degli scopi agonistici» (comma 7).

Tra le novità della norma si segnalano, oltre al riferimento alle Discipline sportive associate:

- a) la fissazione di un termine «di sette giorni», non previsto dalla L. n. 91/1981, per il deposito del contratto stipulato in forma scritta (sulla base del contratto tipo) presso la Federazione o la Disciplina Sportiva Associata;
- b) l'obbligo di depositare, oltre al contratto di lavoro, «tutti gli ulteriori contratti stipulati tra il lavoratore sportivo e la società sportiva, ivi compresi quelli che abbiano ad oggetto diritti di immagine o promo pubblicitari relativi o comunque connessi al lavoratore sportivo».

Come è noto, con riferimento alle formalità richieste dalla legge, si è ritenuta la nullità, «con conseguente applicazione dell'art. 2126 cod. civ., anche del contratto che, pur stipulato in forma scritta, non è depositato presso la federazione nazionale⁵⁴» sulla base del principio secondo il quale «le violazioni di norme dell'ordinamento sportivo non possono non riflettersi sulla validità di un contratto concluso tra soggetti assoggettati alle regole del detto ordinamento anche per l'ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative (art. 1418 c.c.), incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo, vale a dire sulla sua idoneità a realizzare

⁵⁴ P. TOSI, *Sport e diritto del lavoro*, cit., 724. Al riguardo v., inoltre, V. FRATTAROLO, *Il rapporto di lavoro sportivo*, cit., 30, secondo il quale «la sanzione di nullità colpisce in egual misura il vizio che si manifesti in una qualsiasi delle fasi del procedimento di costituzione del rapporto».

un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, c.c.)»,⁵⁵ ovvero la sua inefficacia.⁵⁶

Orbene, il mancato richiamo di tali regole speciali da parte della norma precedente, relativa ai rapporti di lavoro degli sportivi non appartenenti a settori professionistici, potrebbe comportare problemi in relazione alla protezione di tale tipologia di lavoratori.

La mancanza di un obbligo di forma scritta, così come il mancato richiamo del dovere di deposito del contratto presso la Federazione o presso la Disciplina sportiva associata potrebbe infatti rendere difficoltosa la prova del rapporto di lavoro, con evidenti ripercussioni in tema di tutela del lavoratore.

Nonostante dunque la finalità della legge delega fosse stata quella di equiparare tutti i lavoratori sportivi sotto la figura del "lavoratore sportivo" il decreto legislativo continua a distinguere tra settore professionistico e settore dilettantistico avendo lasciato, come si vedrà oltre, all'ordinamento sportivo (sebbene soltanto sino a otto mesi dall'entrata in vigore del D. Lgs.), la possibilità di distinguere tra tali settori.⁵⁷

5. *La prestazione sportiva amatoriale*

Il punto della riforma che desta maggiori perplessità è, come anticipato, quello costituito dalla definizione delle "prestazioni sportive amatoriali" fornita dall'art. 29, comma 1.

Secondo tale articolo sono tali «le prestazioni rese dagli amatori «per l'esercizio diretto dell'attività sportiva ovvero nell'ambito della formazione, della didattica e della preparazione degli atleti al fine di promuovere lo sport, in modo personale, spontaneo, e gratuito senza fini di lucro, neanche indiretti».

L'art. 29 aggiunge al secondo comma che «per tali prestazioni sportive amatoriali possono essere riconosciuti premi e compensi occasionali in relazione ai risultati ottenuti nelle competizioni sportive, nonché indennità di trasferta e rimborsi spese, anche forfettari, a cui si applica l'articolo 36, comma 7. Quando le suddette indennità di trasferta e rimborsi spese superano il limite reddituale di cui all'articolo 69, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica

⁵⁵ Cass. civ., 23 febbraio 2004, n. 3545, in www.dejure.it.

⁵⁶ Secondo Cass. civ. sez. lav. 12 ottobre 1999, n. 11462, in www.dejure.it, «il deposito per l'approvazione presso la Federazione sportiva nazionale esprime la funzione amministrativa di controllo (in senso ampio) successivo, condizionante l'efficacia del contratto. In particolare, si tratta di condizione legale ("condicio iuris"), poiché l'evento dal quale dipende la produzione degli effetti è esterno alla fattispecie costitutiva, perfezionatasi in tutti i suoi elementi (in questo senso, sia pure implicitamente, si è espressa già Cass. n. 4207 del 1998). Ne segue che, mentre la stipulazione senza l'osservanza della forma scritta, a parte la nullità dell'atto e quale conseguenza della stessa, ne esclude "in radice" la produzione di effetti giuridici – *quod nullum est nullum producit effectum* – (ed anche materiali, giacché è ovvio che il contratto non potrebbe essere inviato al controllo), la conformità al contratto tipo e l'obbligo del deposito sono adempimenti funzionali ad ottenere l'approvazione, mancando la quale al vincolo negoziale è negata qualsiasi efficacia».

⁵⁷ V. *infra*, par. 7.

22 dicembre 1986, n. 917, le prestazioni sportive sono considerate di natura professionale, ai sensi dell'articolo 25, comma 1, per l'intero importo».

Fermo restando, come più volte osservato, che il riferimento a tale disposizione di natura tributaria al fine di distinguere tra prestazioni lavorative e prestazioni amatoriali non coglie la variegata realtà del mondo sportivo, nella quale l'ammontare dei compensi, dei rimborsi spese, delle indennità di trasferta varia a seconda del tipo di sport praticato, occorre aggiungere che la norma in esame potrebbe dare luogo a situazioni al limite del paradosso.

Basti considerare che essa attribuisce alla prestazione sportiva "natura lavorativa" sol perché i rimborsi spese o le indennità di trasferta superano i diecimila euro all'anno (purché tali somme siano state percepite nel solo territorio comunale)⁵⁸ e non già ove tale cifra venga superata dall'ammontare "dei premi o dei compensi occasionali ottenuti in relazione ai risultati delle competizioni sportive".

Sicché potrebbe avvenire che venga considerato come lavoratore il soggetto che percepisca più di diecimila euro in termini di rimborsi spese mentre amatore quello che percepisca la medesima somma sotto il nome di "premi" o "compensi occasionali": a parte la circostanza che tale distinzione potrebbe dar luogo ad elusioni volte a far passare come premi o compensi occasionali quelli che in realtà sono rimborsi spese.

La norma contempla dunque un'unica tipologia di "prestazione sportiva amatoriale", svolta al fine di promuovere lo sport, in modo personale, spontaneo, e gratuito senza fini di lucro, neanche indiretti, la quale viene assimilata «(anche testualmente) a quella del volontario la cui attività, ex art. 17 del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. Codice del terzo settore), finalisticamente orientata dal valore della solidarietà, è contrassegnata dagli elementi della spontaneità e gratuità e dalla espressa inconciliabilità con ogni forma di rapporto lavorativo con l'ente».⁵⁹

Tuttavia, nella complessa realtà dell'associazionismo sportivo si possono presentare una molteplicità di situazioni che non si riducono a quelle del volontariato, potendo avvenire che, accanto a prestazioni del tutto gratuite, il soggetto svolga anche prestazioni con lo scopo di ottenere premi e compensi occasionali che arrecano allo sportivo non soltanto una soddisfazione esistenziale ma anche dei, sia pur limitati, guadagni.⁶⁰

⁵⁸ Giova riportare nuovamente il comma 2 dell'art. 69 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), richiamato dall'art. 29 del d. Lgs. in commento, il quale dopo aver stabilito che «le indennità, i rimborsi forfettari, i premi e i compensi di cui alla lettera m) del comma 1 dell'art. 67 non concorrono a formare il reddito per un importo non superiore complessivamente nel periodo d'imposta a 10.000 euro», aggiunge che «non concorrono altresì a formare il reddito i rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto sostenute in occasione di prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale».

⁵⁹ Così, testualmente, F. RENDE, *Prestazione sportiva, abolizione del vincolo e interesse del minore*, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno del 22 marzo 2021 su "La prestazione sportiva nel diritto romano e attuale" organizzato dall'Università degli Studi di Catania – Dipartimento di Giurisprudenza.

⁶⁰ Sulla distinzione tra volontariato e prestazione sportiva amatoriale, v., ancora, F. RENDE, *Prestazione sportiva, abolizione del vincolo e interesse del minore*, cit., il quale ricorda che «mentre al volontario

Si potrebbe inoltre aggiungere che la prestazione dell'atleta, sia esso professionista, dilettante o amatore, si caratterizza rispetto a quella del volontario poiché è diretta a perseguire un interesse personale ed egoistico che mal si concilia con l'altruismo proprio del volontariato.

Ché anzi, la prestazione dell'atleta è di regola rivolta direttamente a soddisfare un interesse personale e, soltanto indirettamente, un interesse altrui.⁶¹

Occorre infine aggiungere come la formulazione dell'art. 29 possa prestare il fianco ad ulteriori critiche in relazione alla previsione secondo la quale «quando le suddette indennità di trasferta e rimborsi spese superano il limite reddituale di cui all'articolo 69, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le prestazioni sportive sono considerate di natura professionale, ai sensi dell'articolo 25, comma 1, per l'intero importo.

In altri termini, il soggetto che percepisca un euro in più rispetto ai diecimila annui potrà soggiacere non soltanto all'applicazione della normativa lavoristica ma anche a quella della normativa tributaria per l'intero importo percepito.

Tale regola, piuttosto che favorire l'emersione del professionismo di fatto potrebbe dar luogo a comportamenti volti ad eludere la normativa in esame attraverso la corresponsione di ulteriori somme (rispetto ai diecimila euro annui) non già sotto la veste di rimborsi o di indennità di trasferta bensì, ad esempio, sotto la veste di premi o compensi occasionali.

Ferma restando dunque la meritevolezza degli interessi sottesi ad una regolamentazione della disciplina della prestazione sportiva amatoriale, volta a riconoscere tutele sanitarie e assicurative a chi operi anche al di fuori di un rapporto di lavoro con l'associazione sportiva, occorre tenere presente che tale disciplina presenta il limite di delineare un'unica figura di sportivo amatoriale.

Essa sembra non considerare, in altri termini, che accanto alla figura dell'amatore, esiste quella del dilettante puro che, pur non rientrando nella categoria del professionista di fatto, dedica gran parte del suo tempo all'esercizio dell'attività sportiva potendo soggiacere, per il raggiungimento delle finalità agonistiche, alle direttive della società o della associazione di appartenenza senza divenirne un lavoratore subordinato.

che opera all'interno di un ente del terzo settore spetta soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (con conseguente esclusione di rimborsi di tipo forfettario), all'amatore è possibile "riconoscere premi e compensi occasionali in relazione ai risultati ottenuti nelle competizioni sportive, nonché indennità di trasferta e rimborsi spese» *anche forfettari*" purché non eccedenti la soglia dei diecimila euro».

⁶¹ *Ibidem*.

6. Brevi cenni sull'abolizione del vincolo sportivo

Anche l'abolizione del vincolo sportivo, che rappresenta uno dei principali obblighi nascenti dal tesseramento,⁶² prevista all'art. 31 della normativa in commento, è stata ulteriormente rinviata al 31 dicembre 2023.⁶³

Non a caso anche tale disposizione non è stata vista di buon grado dalle Federazioni sportive nazionali, alla luce della circostanza che «la disciplina in oggetto non è inclusa tra i principi e i criteri direttivi della Legge Delega [...] e non tiene in alcuna considerazione il ruolo di associazioni e società sportive e gli investimenti che queste ultime fanno nel settore giovanile, che non troverebbero mai adeguata remunerazione nel mero meccanismo del “premio di formazione tecnica”».⁶⁴

L'osservazione secondo la quale «la disciplina in oggetto non è inclusa tra i principi e i criteri direttivi della Legge Delega» potrebbe porre il problema di un eccesso di delega con riferimento all'abrogazione dell'istituto del vincolo sportivo (in base al quale atleta all'atto del tesseramento rinunciava di fatto alla sua libertà contrattuale per divenire, al pari di uno schiavo, quasi una *res* della società sportiva).⁶⁵

⁶² Sul vincolo sportivo, senza pretese di esaustività, v., MORO – A. DE SILVESTRI – E. CROCCETTI BERNARDI – LOMBARDI, *Vincolo sportivo e diritti fondamentali*, Pordenone, 2002; E. LUBRANO, *Vincolo sportivo pluriennale. Verso una fine annunciata?!*, in www.studiolubrano.it; AA. VV., *Vincolo sportivo e indennità di formazione. I regolamenti federali alla luce della sentenza Bernard*, a cura di M. Colucci – M. J. Vaccaro, Bruxelles, 2010.

⁶³ Il già citato DDL n. 2144 attualmente approvato in Senato (Conversione in legge del decreto legge 22 marzo 2021, n. 41), in www.senato.it, contrariamente al decreto sostegni, il quale non includeva l'art. 31 tra le norme che avrebbero dovuto essere applicate dal 1° luglio 2022, prevede che anche l'art. 31 relativo all'abolizione del vincolo sportivo si applichi a decorrere dal 31 dicembre 2023».

⁶⁴ Cfr., Comunicazione della FIGC del 16 dicembre 2020. V. inoltre quanto sostenuto nella medesima seduta dalla Federazione italiana nuoto, secondo la quale «seppur è pienamente condivisibile che l'atleta, specialmente giovane, non debba sottostare ad un regime di vincolo lesivo della possibilità di determinare il proprio futuro, occorre tener conto che sono le associazioni e le società sportive a promuovere e sostenere i vivai giovanili e a formare gli atleti; devono pertanto anch'esse essere tutelate, altrimenti nessuna di esse investirebbe più tempo, denari e passione nella formazione dei futuri campioni e nei vivai. Occorre inoltre considerare che allo stato attuale il vincolo sportivo è stato già profondamente aggiornato con la previsione, nelle norme federali, di numerose clausole per salvaguardare gli atleti con varie possibilità di svincolo, sottoposto alla vigilanza degli organi di giustizia federali. Ciò detto, un conto è prevedere che si debba recepire negli statuti degli organismi sportivi norme di razionalizzazione del vincolo (come peraltro già fatto da molte Federazioni), altro è sancire la sua abolizione in modo generalizzato e indiscriminato in quanto costituirebbe un disincentivo ad operare nella formazione e preparazione di atleti, con conseguenze negative anche per la qualità delle rappresentative nazionali Azzurre», in www.senato.it.

⁶⁵ In Inghilterra, nel diciannovesimo secolo, la *Professional Footballers Association* definì, enfaticamente, i giocatori alla stregua di “soccer slaves”. Cfr., al riguardo, S. RIGAZIO, *Andrew Webster: nuovo Bosman o semplice applicazione delle regole*, in *Rivista della facoltà di scienze motorie dell'Università degli studi di Palermo*, 3, 2008, 131.

D'altro canto, l'abolizione di tale vincolo, già prevista dall'art. 16 della L. n. 91/1981 per il professionismo sportivo⁶⁶ ed estesa dal già citato D. L. 20 settembre 1996, n. 485 (c.d. Decreto Bosman) ai "suoi discussi surrogati"⁶⁷ (come l'indennità di preparazione e promozione), è da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina⁶⁸ e della giurisprudenza⁶⁹ nonché del mondo sportivo anche con riferimento al settore dilettantistico.⁷⁰

Non a caso gran parte delle Federazioni sportive «si erano mosse nella direzione di attenuare la disparità di trattamento in atto con gli atleti dilettanti, modificando la disciplina del vincolo sportivo nel senso di prevedere limiti temporali».⁷¹

⁶⁶ Ai sensi del quale «le limitazioni alla libertà contrattuale dell'atleta professionista, individuate come vincolo sportivo nel vigente ordinamento sportivo, saranno gradualmente eliminate entro cinque anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, secondo modalità e parametri stabiliti dalle federazioni sportive nazionali e approvati dal CONI, in relazione all'età degli atleti, alla durata ed al contenuto patrimoniale del rapporto con le società».

⁶⁷ L. SANTORO, *I soggetti*, cit., 114.

⁶⁸ V., ad esempio, E. LUBRANO, *Vincolo sportivo pluriennale. Verso una fine annunciata?!*, in www.studiolubrano.it; AA. VV. *Vincolo sportivo e indennità di formazione*, cit., 275.

⁶⁹ Trib. Padova, ord. 28 luglio 2005, citata peraltro da E. LUBRANO, *ocit.*, la quale ha accolto il ricorso cautelare di un calciatore dilettante per lo scioglimento del vincolo sportivo che lo legava alla propria società sino al raggiungimento del venticinquesimo anno di età.

⁷⁰ Nel progetto di legge n. 4633 del 10 marzo 1998, in www.camera.it si legge testualmente che è «assolutamente illiberale il rapporto tra associazioni sportive e atleti giovani oppure dilettanti che, per poter svolgere l'attività in una disciplina individuale o di squadra, sono necessariamente soggetti al tesseramento con una società o un gruppo sportivo. In tutte le discipline di squadra e individuali, salve alcune rarissime eccezioni previste dai singoli regolamenti federali (come quello del calcio per i minori di quattordici anni), la sottoscrizione del "cartellino" (eseguita dai genitori quali legali rappresentanti del minore d'età) devolve irrevocabilmente e senza limiti di tempo la titolarità dei poteri sulle prestazioni sportive dell'atleta alle associazioni. Il problema emerge nel caso di controversia fra l'atleta, che intende far valere la propria libertà di recedere dal rapporto associativo, e la società sportiva, che pretende di conservare il proprio patrimonio tecnico al fine di mantenersi competitiva e di ottenere un premio di preparazione o di addestramento, e diventa ancora più evidente quando si tratta di minori o di dilettanti che giocano per puro spirito amatoriale. Devono, dunque, ritenersi nulle quelle clausole regolamentari (che hanno un valore contrattuale) che prevedono l'assunzione del vincolo sportivo a tempo indeterminato da parte di un atleta militante in un'associazione non riconosciuta (quale è generalmente la società che opera nel settore dilettanti) e che negano il diritto di recesso *ad nutum* dal rapporto associativo, previsto invece dalla legge n. 91 del 1981, e successive modificazioni, per i professionisti, con una conseguente disparità ingiustificata di trattamento. Infatti, impedire il recesso degli atleti (titolari della qualifica di associati, avendo assunto tale vincolo con il tesseramento) da un'associazione sportiva rende nullo il divieto (sostanzialmente implicito in tutte le clausole statutarie) dello svincolo per scelta dell'atleta poiché appare una violazione: a) del diritto di praticare liberamente la propria attività agonistica; b) della libertà di associazione tutelata dall'articolo 18 della Costituzione, che comprende anche il diritto di non associarsi; c) del principio di uguaglianza sostanziale, data la parzialità del trattamento riservato illogicamente ai professionisti».

⁷¹ L. SANTORO, *I soggetti*, cit., 114. La FIGC ad esempio prevede la decadenza del tesseramento al raggiungimento del 25esimo anno di età. V., art. 32 Norme Organizzative Interne FIGG (NOIF), secondo il quale «i calciatori/calciatrici "giovani" dal 14° anno di età anagraficamente compiuto possono assumere con la società della Lega Nazionale Dilettanti o della Divisione Calcio Femminile,

Occorre dunque valutare se la finalità di porre fine a tale vincolo anche nel dilettantismo possa rientrare tra gli obiettivi dell'art. 5 della legge delega, laddove esso prevede il «principio della parità di trattamento tra settore dilettantistico e settore professionistico», nonché l'adeguamento della normativa in materia di lavoro sportivo «ai principi riconosciuti del diritto sportivo e ai consolidati orientamenti della giurisprudenza».

In altri termini, l'abrogazione del vincolo sportivo potrebbe rientrare tra le finalità della delega, nonostante essa non sia stata espressamente prevista, sotto il profilo del riconoscimento dei principi di parità di trattamento tra professionismo e dilettantismo riconosciuti dal diritto sportivo e ai consolidati orientamenti della dottrina e della giurisprudenza.

Senonché una abolizione del vincolo sportivo che non tenga conto delle differenze esistenti tra le varie realtà del mondo sportivo porterebbe le associazioni, specie quelle più povere, a non investire tempo e risorse nella formazione e nella fidelizzazione dei giovani atleti, arrecando così un concreto danno persino alla valorizzazione dei vivai che costituiscono la base per la formazione delle rappresentative nazionali.

Tali investimenti, come sottolineato dalle stesse federazioni, non verrebbero infatti remunerati dal “premio di formazione tecnica”, specie alla luce della circostanza che la norma in commento, contrariamente all'art. 6 della l. 91 del 1981, non prevede un diritto di “prelazione” per l'acquisto dell'atleta in favore dell'associazione che lo abbia “formato”.

per la quale sono già tesserati vincolo di tesseramento sino al termine della stagione sportiva entro la quale abbiano anagraficamente compiuto il 25° anno di età, acquisendo la qualifica di “giovani dilettanti”». La FIPSAS (Federazioni italiana pesca sportiva, attività subacquea e nuoto pinnato) ha da sempre applicato tale vincolo in “maniera light, dato che il vincolo viene a scadere al termine di ogni annata agonistica” (cfr. comunicazione della FIPSAS nella seduta del 15 dicembre 2020, in www.senato.it). Anche la FISE (Federazione italiana sport equestri) nella propria comunicazione ha rilevato che «sul punto non può un parere negativo in quanto appare redatta senza essere stata svolta previamente una valutazione degli aspetti riguardanti l'attività formativa dei giovani atleti che contraddistingue ogni singolo sport. Se il predetto articolo venisse approvato così come proposto metterebbe in crisi il sistema dei vivai giovanili e l'attività di centinaia di società che ad oggi sono salvaguardate dal vincolo di formazione. Pertanto, si auspica che tale disposizione possa essere riformulata al fine di tutelare l'attività di formazione svolta dagli affiliati sul territorio estendendone addirittura l'attuale durata dei quattro anni portandola, a nostro modo di vedere, a sei anni». Ed ancora, nel pugilato, ad esempio, l'art. 11 dello Statuto Federale prevede che «gli atleti del settore AOB e PRO non possono essere vincolati con il tesseramento ad una stessa società per un periodo superiore ai 4 anni. Alla scadenza dei 4 anni il vincolo è rinnovabile per un periodo, non inferiore a 1 anno, da concordarsi tra l'atleta, l'Associazione o la Società. Il trasferimento di un atleta del settore AOB e Pro ad altra Associazione o Società in corso di vincolo, è subordinato al nulla osta espresso dall'Associazione o Società di appartenenza secondo le modalità di cui al regolamento organico. I comitati regionali possono autorizzare il trasferimento, anche senza il parere favorevole dell'Associazione, qualora l'atleta non abbia svolto attività agonistica per almeno sei mesi dopo avere corrisposto il pagamento dell'indennità di formazione alla società di appartenenza, nella misura prevista dal regolamento organico».

Più precisamente l'art. 31 del decreto, dopo avere previsto l'abrogazione del vincolo sportivo, stabilisce che «in caso di primo contratto di lavoro sportivo: 1) le società sportive professionistiche riconoscono un premio di formazione tecnica proporzionalmente suddiviso, secondo modalità e parametri che tengono conto della durata e del contenuto formativo del rapporto, tra le società sportive dilettantistiche presso le quali l'atleta ha svolto attività amatoriale, dilettantistica o giovanile ed in cui ha svolto il proprio percorso di formazione, ovvero tra le società sportive professionistiche presso le quali l'atleta ha svolto attività giovanile ed in cui ha svolto la propria attività di formazione; 2) le società sportive dilettantistiche riconoscono un premio di formazione tecnica proporzionalmente suddiviso, secondo modalità e parametri che tengano adeguatamente conto della durata e del contenuto formativo del rapporto, tra le società sportive dilettantistiche presso le quali l'atleta ha svolto attività amatoriale o giovanile ed in cui ha svolto il proprio percorso di formazione».

La norma modifica l'art. 6 della L. n. 91/1981 il quale prevedeva viceversa che «nel caso di primo contratto deve essere stabilito dalle Federazioni sportive nazionali un premio di addestramento e formazione tecnica (*soltanto*) in favore della società od associazione sportiva presso la quale l'atleta ha svolto la sua ultima attività dilettantistica o giovanile» e che «alla società od alla associazione sportiva che, in virtù di tesseramento dilettantistico o giovanile, ha provveduto all'addestramento e formazione tecnica dell'atleta, viene riconosciuto il diritto di stipulare il primo contratto professionistico con lo stesso atleta. Tale diritto può essere esercitato in pendenza del precedente tesseramento, nei tempi e con le modalità stabilite dalle diverse Federazioni sportive nazionali in relazione all'età degli atleti ed alle caratteristiche delle singole discipline sportive».

In tal modo il legislatore italiano aveva sostituito ad una disciplina sportiva "economica" che limitava sostanzialmente la libertà di movimento dei professionisti (quella dell'indennità di formazione e promozione), una disciplina meramente "sportiva" che, viceversa, si riferiva soltanto ai giovani atleti dilettanti e premiava, per così dire, l'impegno di quelle società che li avessero "coltivati": una sorta di premio da avviamento "pre-commerciale" volto ad incentivare ed a tutelare gli investimenti compiuti per la preparazione del giovane atleta.

La nuova normativa, rispetto alla precedente, attribuisce il "premio di formazione tecnica" non già alla «società od associazione sportiva presso la quale l'atleta ha svolto la sua ultima attività dilettantistica o giovanile» bensì, in maniera proporzionale, a tutte le società sportive dilettantistiche o professionistiche presso le quali l'atleta ha svolto attività giovanile ed in cui ha svolto il proprio percorso di formazione. Tale regola appare maggiormente coerente con il principio mutualistico spesso richiamato nell'ordinamento sportivo, dato che essa premia tutte le società o le associazioni che abbiano investito tempo e denaro nella formazione dei giovani atleti.

Come si diceva, nel decreto è stato cancellato il diritto di prelazione per la stipulazione del primo contratto professionistico in favore della società o della associazione che ha provveduto all'addestramento e formazione tecnica dell'atleta.

Questa omissione danneggia le associazioni che hanno effettuato investimenti sull'atleta ma certamente valorizza la libertà di "circolazione" del giovane lavoratore.

Si tratta ovviamente di esigenze tra loro contrastanti; da qui la speranza che il legislatore, nel tempo necessario all'entrata in vigore della norma, riesca ad apportare modifiche volte a bilanciare gli opposti interessi delle associazioni e dei giovani atleti.

7. Conclusioni

Unica norma del Titolo V del d. lgs. in commento la cui entrata in vigore, quantomeno sinora, non è stata sottoposta ad alcun rinvio è l'art. 38 del d. lgs. 28 febbraio 2021, n. 36.

Tale disposizione, ripetendo in buona sostanza la disciplina prevista dalla parte finale dell'art. 2 della L. n. 91/1981, stabilisce che si considerano professionistiche le attività sportive «che conseguono la relativa qualificazione dalle Federazioni Sportive Nazionali o dalle Discipline Sportive Associate secondo le norme emanate dalle Federazioni e dalle Discipline sportive stesse, con l'osservanza delle direttive e dei criteri stabiliti dal CONI per la distinzione tra l'attività dilettantistica da quella professionistica, in armonia con l'ordinamento sportivo internazionale. La qualificazione di una disciplina sportiva come professionistica opera senza distinzione di genere. Decorso inutilmente il termine di otto mesi dall'entrata in vigore del presente decreto, le direttive e i criteri del presente articolo sono adottati, sentito il CONI, dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dall'Autorità politica da esso delegata in materia di sport».

La riforma mantiene dunque la distinzione tra settore professionistico e settore dilettantistico, e continua a lasciare al CONI il compito di adottare «le direttive e i criteri per la distinzione tra l'attività dilettantistica da quella professionistica, in armonia con l'ordinamento sportivo internazionale», nonostante obiettivo della riforma fosse stato quello di superare tale distinzione. Non a caso si è visto come gli articoli 25 e 27 distinguano tra lavoratore sportivo *tout court* e lavoratore sportivo nei settori professionistici, rendendo applicabili soltanto a quest'ultimo alcune specifiche regole.⁷²

Senonché la medesima norma prevede che, se il CONI dovesse continuare a non adottare le direttive ed i criteri per la distinzione tra settori professionistici e settori dilettantistici, oltre il termine di otto mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo, tali criteri verranno stabiliti «dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dall'Autorità politica da esso delegata in materia di sport».

⁷² Si pensi alle già citate previsioni dell'art. 27 relative alla possibilità di costituzione del rapporto mediante assunzione diretta, alla previsione della forma scritta del contratto a pena di nullità, all'obbligo per le società di depositare il contratto presso la federazione sportiva nazionale entro sette giorni ai fini dell'approvazione, alla sostituzione di diritto delle clausole peggiorative, all'inserimento nel contratto della clausola che prevede per lo sportivo l'obbligo di rispettare le istruzioni tecniche e le prescrizioni impartite per il conseguimento degli scopi agonistici.

Se si considera che il CONI avrebbe dovuto elaborare tali criteri già ai sensi della L. n. 91/1981 e che essi tuttavia non sono mai stati sinora adottati (con la conseguenza che sono state sino ad oggi le Federazioni sportive a decidere in autonomia se introdurre al loro interno un settore professionistico)⁷³ è facile intuire come lo Stato abbia voluto, probabilmente, dare un *ultimatum* alle Federazioni nelle quali si annida maggiormente il fenomeno del falso dilettantismo al fine di far sì che le stesse introducano nel più breve tempo possibile un settore professionistico.

Laddove le Federazioni non dovessero provvedere ad adeguarsi alle nuove regole volte a perseguire la parità di trattamento in materia sportiva, l'ordinamento statale infliggerà pertanto un ulteriore, e duro colpo all'autonomia dell'ordinamento sportivo,⁷⁴ elaborando addirittura i criteri distintivi tra professionismo e dilettantismo.

Al riguardo non si vede tuttavia il motivo per il quale il legislatore abbia voluto conservare un apposito e distinto settore professionistico all'interno delle federazioni sportive, se l'obiettivo della riforma era stato appunto quello di eliminare la distinzione tra dilettanti e professionisti nell'accesso al mondo del lavoro

Vero è che anche alla luce della riforma, come si è visto, continuano a persistere differenze tra lavoratori dei distinti settori federali: soltanto al settore professionistico si continuerebbero infatti ad applicare quelle norme speciali che prevedono ad esempio il deposito del contratto stipulato in forma scritta (sulla base del contratto tipo) presso la Federazione o la Disciplina Sportiva Associata, ovvero l'obbligo di depositare, oltre al contratto di lavoro, tutti gli ulteriori contratti stipulati tra il lavoratore sportivo e la società sportiva, ivi compresi quelli che abbiano

⁷³ Attualmente in Italia soltanto quattro Federazioni (calcio, basket, ciclismo e golf) hanno attivato un settore professionistico. In una situazione particolare si trova la Federazione pugilistica italiana. Essa dall'anno 2014 ha avviato un processo di trasformazione con riguardo alla boxe professionistica, che prevedeva originariamente la costituzione della Federazione Italiana Pro boxe entro il 31 dicembre 2016, quale ente rappresentativo del settore professionistico del tutto separato dalla FPI. Tale processo però, non si è compiuto, tant'è che a tutt'oggi persiste il settore professionistico all'interno della FPI, come si ricava dall'art. 8 dello Statuto (aggiornato all'11 giugno 2019) il quale prevede, entro la categoria dei tesserati, tra gli altri, gli atleti del settore APB (AIBA *Pro Boxing*, da cui la denominazione di pugili APB) e gli atleti di settore AOB (AIBA *Open boxing*, da cui la denominazione di pugili AOB)». L. SANTORO, *I soggetti*, cit., 86. Peraltro occorre rilevare come «nel pugilato esistano regole diverse per gli incontri tra i pugili APB ed i pugili AOB. Secondo l'art. 1 del Regolamento del settore PRO del 9-11-2019 «per il conseguimento dei fini istituzionali della F.I fine I, il Settore Pro disciplina l'attività del pugilato pro. Per pugilato pro si intende il pugilato tradizionale, i cui incontri si disputano sulla distanza minima di quattro riprese ed una massima di dodici riprese». «Nel settore A.O.B., invece, a seconda della qualifica di appartenenza, si gareggia su una distanza che varia da un minimo di tre riprese di un minuto e mezzo ciascuna con l'intervallo di un minuto tra le riprese, ad un massimo di tre riprese di tre minuti ciascuna (art. 2 – 7 del Regolamento settore A.O.B.)». L. SANTORO, *I soggetti*, cit., 87.

⁷⁴ Un primo colpo a tale autonomia era stato assestato, secondo parte della dottrina, attraverso l'adozione della legge 17 ottobre 2003, n. 280 in materia di giustizia sportiva. Si era infatti affermato che con tale normativa come lo Stato «si è appropriato dell'ordinamento sportivo» e lo ha «ucciso con pretese di sovranità». (A. DE SILVESTRI, *Il discorso sul metodo: osservazioni minime sul concetto di ordinamento sportivo*, in www.giustiziasportiva.it, 1/2009).

ad oggetto diritti di immagine o promo pubblicitari relativi o comunque connessi al lavoratore sportivo.

E tuttavia, come rilevato, tali differenze di disciplina in relazione alle formalità previste per la stipulazione del contratto di lavoro potrebbero rendere particolarmente difficile la prova del rapporto nei settori non professionistici.

Con la conseguenza che, laddove esse dovessero permanere, l'unica soluzione sarebbe probabilmente quella di introdurre un settore professionistico in ogni federazione sportiva ed in ogni disciplina sportiva associata, la fine di proteggere la c.d. parte debole del rapporto.

In conclusione la riforma in commento ha avuto certamente il merito di voler introdurre nel mondo del lavoro sportivo il principio della parità di trattamento tra i vari lavoratori sportivi, cercando di riportare nell'ambito del rapporto di lavoro sportivo quell'area sommersa dei c.d. falsi dilettanti o professionisti di fatto che sino ad ora aveva vissuto in una sorta di limbo giuridico.

Area sommersa, questa, nella quale si trovavano tutti quei soggetti che, di fatto, prestavano l'attività sportiva in maniera esclusiva e continuativa, ma che operavano all'interno di Federazioni di vertice le quali tuttavia non avevano disciplinato al loro interno un settore professionistico (si pensi ad un giocatore di pallavolo di serie A, ad una calciatrice di serie A, ad un atleta paralimpico di alto livello).

Occorre tuttavia rilevare come la riforma presenti contestualmente il limite, come più volte rilevato, di non avere tenuto in considerazione il "principio della specificità dello sport"; principio che pure era stato posto tra le espresse finalità dell'art. 5 della legge delega; in altri termini, di non avere tenuto presenti i diversi contesti, i diversi livelli, e le diverse finalità che contraddistinguono l'attività sportiva, specie se dilettantistica, e soprattutto non aver considerato il momento ludico e volontaristico di tale attività.

Da tale punto di vista non possono dunque che ribadirsi alcuni aspetti di criticità del decreto legislativo.

Si pensi al più volte criticato *discrimen* che esso ha creato tra lavoratori ed amatori basato esclusivamente sul richiamo al Testo unico delle imposte sui redditi, senza tenere conto delle altre caratteristiche che dovrebbero caratterizzare ogni rapporto di lavoro; soglia, questa, che potrebbe portare ad una forzosa "professionalizzazione" di soggetti che lavoratori non sono, limitandosi ad esercitare l'attività sportiva da veri dilettanti e non già da falsi professionisti.

Attraverso tale previsione sembra paradossalmente che il legislatore, avendo considerato come lavoratore sportivo il dilettante che percepisca indennità di trasferta o rimborsi spese superiori alla soglia dei diecimila euro annui e non già quello che raccolga premi o compensi occasionali superiori a tale somma, abbia finito per ispirarsi ad una concezione "aristocratica" dell'attività sportiva.

Concezione, questa, che mentre poteva paradossalmente giustificare vincite in denaro ove si fossero verificate tra gentiluomini che scommettevano in

un circolo di golf o di tennis, avrebbe ad esempio portato alla squalifica di grandi campioni olimpici sol perché avessero ricevuto rimborsi spese per l'attività svolta.⁷⁵

Non si vuole qui certamente affermare che la normativa in esame debba essere modificata laddove estende ai falsi dilettanti tutele e rimedi spettanti al lavoratore; tuttavia essa, si ripete, avrebbe dovuto tenere maggiormente in considerazione le specificità del mondo dello sport.

Si pensi al riguardo all'indiscriminata considerazione dei direttori di gara come lavoratori, laddove in giurisprudenza si era ritenuta viceversa l'inapplicabilità nei confronti dell'arbitro «della normativa lavoristica in tema di rapporto di lavoro subordinato, stante l'esistenza di un rapporto associativo dell'arbitro di calcio, in quanto tesserato con la FIGC e facente quindi parte dell'AIA, di talché le prestazioni svolte allo stesso, a prescindere dalla gravosità degli impegni e dalla presenza di una remunerazione, integrano adempimento del patto associativo per l'esercizio in comune dell'attività sportiva».⁷⁶

O si pensi ancora alla equiparazione delle molteplici figure che ruotano attorno al mondo delle palestre nella veste di collaboratori sportivi, al fine di esercitare gratuitamente l'attività sportiva senza alcuno scopo lucrativo.

Ciò che sembra non essere stato tenuto presente è che il mondo dello sport non è fatto soltanto da ammirati e strapagati campioni, né è fatto soltanto da aspiranti campioni che passano la loro vita ad allenarsi e che si sfiancano per partecipare a gare ed a tornei che non entrano nel c.d. circuito mediatico; né, ancora, è fatto soltanto da soggetti che esercitano le attività ausiliarie a quella consistente nella prestazione sportiva (dagli arbitri agli istruttori) per finalità lucrative.

Il mondo dello sport è costituito anche, e soprattutto da numerosissime palestre di quartiere, i cui proprietari sono spesso affiancati da amici - collaboratori -che, pur di potere usare gli attrezzi e gli spazi ginnici, li aiutano nella gestione della struttura, e che dovrebbero privarsi di tale piacevole attività (che, se pensionati o disoccupati, può pure impegnarli quotidianamente o che, se lavoratori di altro genere, può servire a distrarli dalla *routine* quotidiana arrecandogli soddisfazioni esistenziali accompagnate se del caso anche da, sia pur limitati, riconoscimenti economici) se dovessero essere considerati dai pubblici poteri come lavoratori.

Non a caso, proprio con riferimento a tale ultima considerazione, occorre ricordare che le maggiori proteste, proprio in relazione alla “non sostenibilità” della riforma, sono provenute dal mondo delle palestre.⁷⁷

⁷⁵ V. al riguardo O. ELENI, *Temi olimpici. Dilettantismo e professionismo*, in *Enciclopedia dello sport*, treccani.it., la quale ricorda il caso di James Thorpe, il quale, pur avendo dominato le Olimpiadi del 1912 a Stoccolma, tanto che il re di Svezia Gustavo V, accompagnato dallo Zar Nicola, lasciò la sua tribuna per poterlo salutare personalmente, perse successivamente i suoi trofei e fu cancellato dall'albo d'oro delle Olimpiadi svedesi per aver percepito, giocando per squadre di baseball in leghe minori del Nord Carolina, un «rimborso spese di venticinque dollari a settimana».

⁷⁶ Cass. civ. sez. lav. 12 maggio 2009, n. 10867, in www.dejure.it.

⁷⁷ Si vedano al riguardo le osservazioni formulate dalla FITITALY (Associazione di base non a scopo di lucro per la promozione del Fitness in Italia e per la tutela dei gestori ed imprenditori del settore), in sede di lavori preparatori in data 4 gennaio 2021 e reperibili sul sito www.senato.it.

È stata proprio tale parte del mondo sportivo che ha messo in rilievo, ad esempio, che la riforma avrebbe dovuto prevedere un periodo di transizione al fine di riconsiderare «quelle figure che da sempre, in modo autodidatta, svolgono attività di istruttore, tecnico sportivo, imprenditore sportivo, ma non hanno specifiche qualifiche» ovvero al fine di prendere in considerazione la circostanza che «alcuni collaboratori/istruttori hanno specifiche competenze in alcune specialità che svolgono per passione e saltuariamente (2/8 ore alla settimana), ma normalmente hanno una diversa professione e percepiscono un compenso sportivo». Con la conseguenza che «l’inserimento di questi soggetti in un contratto sportivo, porterebbe ad un totale allontanamento di queste figure dal mondo delle palestre» Ovvero ancora che esistono «collaborazioni che vengono effettuate a completamento di una attività principale e il cui compenso non giustifica gli oneri derivanti da un contratto sportivo».

Non è questa la sede per valutare gli effetti positivi e quelli negativi che la riforma approvata porterà nel mondo dell’associazionismo sportivo e delle palestre in particolare; nel momento in cui il legislatore effettua delle scelte, specie in materia di diritti fondamentali, esse si rivelano spesso “scelte tragiche”.

Sembra tuttavia che il legislatore non sia rimasto insensibile alle numerose voci di dolore che si sono alzate dal mondo dell’associazionismo sportivo di base, tant’è che con il già citato DDL 2144 del 6 maggio 2021 ha ancora una volta prorogato l’entrata in vigore delle parti tutto sommato più significative della riforma appena varata.

C’è da sperare che in tale (ulteriore) periodo di *vacatio legis* il legislatore, adottando disposizioni integrative e correttive dei decreti ai sensi del comma 3 della legge delega 8 agosto 2019, n. 86,⁷⁸ si cali ancor di più nelle realtà di tale mondo allacciando con esso un proficuo colloquio onde potere mediare concretamente l’eliminazione di parassitarie sacche falsamente dilettantistiche (dove si annida in realtà il professionismo di fatto) con la salvaguardia della libertà e con la tutela dei diritti inviolabili dello sportivo nell’ambito delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

⁷⁸ Secondo il quale «entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e con la procedura previsti dai commi 1 e 2, il Governo può adottare le disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi». Si è rilevato come «quello dei decreti legislativi integrativo – correttivi è, almeno in parte, l’effetto di una inadeguata predisposizione dei decreti legislativi principali». L. GORI, *Dalla «fonte» decreto legislativo integrativo correttivo al «fine» di integrazione e correzione (tramite una pluralità di fonti)*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2019.

**LA CLASSIFICAZIONE CIVILISTICA E FISCALE DEL
RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA PROFESSIONALITÀ
O ALL'IMMAGINE DEL CALCIATORE:
SPUNTI SULLA DIMOSTRAZIONE DELL'ENTITÀ DEL DANNO
AI FINI TRIBUTARI**

di *Simone Arecco** e *Davide Marsella***

ABSTRACT: The paper is a brief survey of the classification of the damages to the reputation that a professional football player can suffer due to the behavior of his club, both from a civil law and a tax law perspective.

In particular, this work covers the analysis of the burden of the proof that the Italian Tax Authority imposes to the taxpayer in order to demonstrate if the compensation for the damages suffered will be subject to tax or not.

In addition, it has reviewed the most recent tax jurisprudence that has provided some interesting and fundamental principles, especially on those occasions in which a settlement agreement was concluded between the club and the football player.

Keywords: *Compensation for damages to the reputation of a professional football player – Burden of proof – Taxation – Settlement agreement.
Risarcimento del danno all'immagine o alla professionalità del calciatore – onere della prova – tassazione – accordi di risoluzione anticipata del rapporto di lavoro.*

SOMMARIO: Introduzione – 1. Cenni sul risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore – 2. Il trattamento fiscale del risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore – 3. La dimostrazione della natura di “danno emergente” del risarcimento erogato. La più recente giurisprudenza sul tema – 4. Conclusioni

* Avvocato del foro di Savona. Si occupa quotidianamente di contenzioso tributario e di consulenza in materia di fiscalità nazionale ed internazionale. Ha seguito numerosi contenziosi tributari a difesa di primarie società sportive ed è autore di diversi articoli riguardanti il diritto tributario. È associato dal 2019 all'Associazione Italiana Avvocati dello Sport, coordinamento Liguria. E-mail: sarecco@sts.deloitte.it.

** Avvocato del foro di Genova. Si occupa quotidianamente di contenzioso tributario e di consulenza in materia di fiscalità nazionale ed internazionale. E-mail: dmarsella@sts.deloitte.it.

Introduzione

Nella predisposizione degli accordi di risoluzione anticipata tra *club* sportivi e calciatori che prevedono il pagamento da parte dei primi di somme a titolo di risarcimento a favore dei giocatori, è molto importante analizzare attentamente – e fin da subito – le eventuali conseguenze fiscali degli stessi. Ed invero, è possibile notare dalla lettura della giurisprudenza di legittimità come non siano rari i casi in cui l'amministrazione finanziaria contesti alle società sportive l'asserita omessa effettuazione della ritenuta a titolo d'acconto, ex Art. 23, dpr n. 600/73, con riferimento ai pagamenti che, contrattualmente, vengono riferiti al "risarcimento del danno all'immagine o alla professionalità" del calciatore che invece, secondo la tesi dell'Amministrazione finanziaria, avrebbero natura reddituale e in quanto tale sarebbero assoggettabili ad imposta sul reddito.

Nel prosieguo della trattazione, si vuole in primo luogo esaminare per sommi capi la disciplina civilistica e fiscale, ai fini delle imposte sul reddito, delle somme pagate a titolo di risarcimento del danno in ambito lavoristico e, successivamente, commentare la posizione della giurisprudenza tributaria più recente sul tema specifico.

1. *Cenni sul risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore*

Nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato sono diverse le condotte riconducibili al datore di lavoro che presentano la potenzialità di provocare danni risarcibili in capo al dipendente.

Le vertenze che sfociano nel riconoscimento da parte del datore di lavoro di erogazioni in favore del dipendente – a seguito di sentenza di condanna o di componimento transattivo della questione – sono, infatti, numerosissime.¹ La frequenza di tali controversie è facilmente constatabile soffermandosi ad osservare la copiosa giurisprudenza sul tema e le variegate casistiche da quest'ultima affrontate, con pronunce che si estendono (a titolo esemplificativo e non esaustivo) dal dirimere cause afferenti alle conseguenze delle violazioni delle norme in materia di sicurezza e previdenza, fino ad arrivare a tematiche di illegittima cessazione o interruzione del rapporto di lavoro, nonché di possibili ripercussioni in relazione ad eventuali danni all'immagine professionale e perdita di chance subite dal lavoratore.²

¹ Si veda esaustivamente sul tema S. CAPOLUPO, *Indennizzo e risarcimento danni: le possibili ricadute fiscali*, in *Corriere Tributario* n. 37, 2018, 2828; G. MARINETTI, *Erogazioni di natura risarcitoria nel rapporto di lavoro dipendente*, in *Corriere Tributario* n. 19, 2014, 1500.

² Si vedano ad esempio Cass. civ. Sez. V, 06 settembre 2013, n. 20482, in *Ipsosa Big Suite*; Cass. civ. Sez. V, 30 dicembre 2008, n. 30433, in *Ipsosa Big Suite*; Cass. civ. Sez. VI, 16 dicembre 2020, n. 28836, in *Ipsosa Big Suite*.

Nonostante il panorama appena accennato risulti caratterizzato da innumerevoli scenari, occorre tuttavia notare come, sia ai fini di un corretto inquadramento civilistico, pregiudiziale alla corretta individuazione del regime fiscale, le fattispecie sommariamente illustrate debbano essere ricondotte alle macro-categorie di cui alle nozioni di “responsabilità”, “danno” e “risarcimento” previste e disciplinate dal codice civile.

A tal proposito, si ricorda come la responsabilità civile – e quindi l’insorgenza di un danno risarcibile – possa scaturire sia da un inadempimento di una obbligazione preesistente (responsabilità contrattuale, Artt. 1218 ss. c.c.), sia dalla più generale lesione di un interesse protetto da una norma giuridica e meritevole di tutela risarcitoria (responsabilità extracontrattuale Artt. 2043 ss. c.c.).

Minimo comun denominatore di entrambe le ipotesi di responsabilità possono considerarsi le disposizioni contenute dagli Artt. 1223, 1226 e 1227, c.c., le quali, stabilendo criteri di valutazione del danno di portata generale applicabili sia all’una sia all’altra forma di responsabilità,³ connotano una nozione di danno – ricavabile dal dettato dell’Art. 1223 c.c. – che ricomprende al proprio interno, ai fini della risarcibilità, sia la perdita subita (c.d. danno emergente), sia il mancato guadagno (c.d. lucro cessante).

La riconducibilità delle entrate all’uno o all’altro profilo di ristoro, come anticipato, oltre ad essere foriera di conseguenze di natura prettamente civilistica (come si avrà modo di approfondire *infra*), determina altresì un differente trattamento fiscale delle somme erogate dal datore di lavoro, il quale, a seconda dei casi dovrà ritenersi obbligato – o meno – dall’effettuazione della ritenuta fiscale.⁴

Per quanto qui di interesse, tra le ipotesi di danno e risarcimento succintamente passate in rassegna, ci si intende soffermare, in particolare, sul caso della lesione all’immagine e alla professionalità del lavoratore, analizzandone la natura giuridica e la collocazione dogmatica del rispettivo risarcimento del danno.

Innanzitutto, è bene sottolineare come il diritto alla reputazione *professionale* debba essere tenuto distinto dal diritto alla reputazione *personale*, poiché nel primo caso la lesione provoca un discredito commerciale del soggetto esclusivamente nel settore lavorativo in cui opera, mentre nel secondo caso si ha una lesione della sua dignità e del prestigio di cui ogni persona gode indipendentemente dall’attività che svolge.

³ L’Art. 2056 c.c. a proposito della valutazione dei danni conseguenti al fatto illecito fa rinvio agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., i quali disciplinano il risarcimento del danno derivante da inadempimento. Cfr. P. ZATTI, *Manuale di Diritto Civile*, Cedam, Vicenza, 2015, 1204.

⁴ Relativamente ai proventi e alle indennità risarcitorie è possibile affermare che, in base alla disposizione in esame, invece, “è indifferente la circostanza che l’indennità o il risarcimento discendano da una responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale. Infatti, non sono tassabili soltanto i proventi o le indennità erogate al fine di ricostruire il patrimonio del soggetto ovvero al fine di risarcirlo della perdita del patrimonio” AA.VV., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, (a cura di M. Leo-F. Monacchi-M. Schiavo), Milano, 1999, 87; P. TURIS, *Condizioni e limiti dell’imposizione diretta delle somme a titolo di risarcimento del danno*, *Il Fisco* n. 2, 2009, 243.

La lesione della reputazione professionale (detta anche commerciale, economica o lavorativa), come anticipato, comporta dunque una diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona interagisce nel proprio ambito lavorativo.

Ne deriva che il soggetto (professionista, imprenditore o lavoratore subordinato che sia) che ha subito una lesione della propria reputazione professionale ha diritto ad un risarcimento del danno, in quanto la violazione della dignità sociale e professionale della persona costituisce lesione di un valore costituzionalmente protetto.⁵

Nella giurisprudenza di legittimità è indubbio che l'immagine che un soggetto rappresenta all'esterno sia un elemento del patrimonio della persona – non legato al reddito o, quantomeno, non automaticamente – e, pertanto, il relativo danno subito non possa essere riconducibile *ex se* al “lucro cessante”.⁶

Ciò è particolarmente vero nel settore del calcio, dove la proiezione della propria professionalità all'esterno è oggetto di uno specifico mercato, in cui ogni calciatore ha uno specifico valore e, a fronte di questo, può essere ceduto ad altre società sportive, monetizzando il “cartellino”.

Nell'ottica del calciatore, poi, tale proiezione in termini di valore sul mercato determina la possibilità di ottenere e sottoscrivere contratti sempre di maggior prestigio perseguendo in tal modo l'obiettivo di sviluppo della propria carriera con riscontri e riconoscimenti di natura sia economica, sia sportiva.

A fronte di quanto sopra, appare evidente come la legittima pretesa, valevole in generale per ogni tipologia di lavoratore, di non subire lesioni della propria immagine professionale onde non avere ripercussioni nel proprio “ambiente” lavorativo (come ad esempio un ingiustificato licenziamento), risulti ancor più pregnante nel campo qui di interesse, in cui le decisioni delle società calcistiche sulla gestione e “l'impiego” dei giocatori, stante l'esistenza di un vero e proprio valore di mercato dei medesimi, possono influire anche sulle valutazioni degli altri club, condizionando manifestamente la carriera dell'atleta.

Si fa particolare riferimento a quelle casistiche in cui l'appetibilità di un calciatore sul mercato venga minata da provvedimenti presi dalla società nella quale milita il tesserato che, a causa ad esempio di dissidi con la squadra o con l'allenatore, sia posto “fuori squadra” – con conseguente impossibilità di allenarsi in gruppo e partecipare alle partite ufficiali –, non venga ripetutamente impiegato o, come nel caso esaminato nella giurisprudenza in materia tributaria che si vedrà *infra sub 3*, non sia addirittura convocato per la fase di pre-campionato.⁷

⁵ La Cassazione ha avuto modo in più occasioni di ricordare come il danno all'immagine ed alla reputazione – sia personale sia professionale – lede un diritto la cui integrità trova fondamento nei diritti della persona umana tutelati dall'articolo 2 Cost. (Cass. civ., Sez. Lav., 13 aprile 2004, n. 7043 in *EIUS Rivista Giuridica Online*; Cass. civ., Sez. III, 25 agosto 2014, n.18174, in *foreuropeo.it Rivista Giuridica Telematica*).

⁶ Cass. civ., Sez. V, 09 dicembre 2008, n. 28887, in *Ipsa Big Suite*.

⁷ Occorre premettere fin da subito come il pre-campionato sia rappresentato da una serie di partite amichevoli e di allenamento che le squadre disputano prima dell'inizio di un campionato. Non

2. *Il trattamento fiscale del risarcimento del danno alla professionalità o all'immagine del calciatore*

Nel campo del reddito di lavoro dipendente non si può non notare come le norme fiscali di riferimento tendano a delinearne una nozione caratterizzata da ampiezza ed onnicomprensività.⁸

Quanto sopra si ricava, in particolare, dalla lettura (i) sia dell'Art. 51, comma 1 del Testo Unico delle Imposte sui redditi (di seguito TUIR),⁹ concernente la determinazione del reddito di lavoro dipendente, la cui formulazione presenta notevoli – oltretutto evidenti – capacità di attrazione delle somme che ruotano attorno ad esso, (ii) sia dell'Art. 17, comma 1, lett. a) del TUIR, il cui ultimo inciso considera reddito di lavoro dipendente – ai fini della tassazione separata – “*le somme e i valori comunque percepiti al netto delle spese legali sostenute, anche se a titolo risarcitorio o nel contesto di procedure esecutive, a seguito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o di transazioni relativi alla risoluzione del rapporto di lavoro*”.

L'ampiezza e la labilità dei confini così disciplinati impongono dunque una attenta ponderazione delle possibili “entrate” del lavoratore, le quali, se non correttamente selezionate, rischiano di essere attratte indistintamente tra le somme destinate a concorrere alla formazione della base imponibile, con conseguente indiscriminata estensione della tassazione anche a quegli introiti ai quali mancherebbe la *condicio sine qua non* perché di reddito di lavoro dipendente possa parlarsi: la qualità di c.d. “ricchezza novella”.¹⁰

Sul punto, peraltro, per quanto qui di interesse, è bene soffermarsi sul fatto che detta estensione, atteso il disposto del richiamato Art. 17 del TUIR, parrebbe tale da consentire all'Erario di potersi spingere fino ad abbracciare – tra i proventi imponibili – tutte le possibili erogazioni a titolo di risarcimento, senza distinzione alcuna tra risarcimento “di perdita” di reddito (lucro cessante) e risarcimento del danno emergente, benché quest'ultima forma di introito appaia *ex se* priva delle sopra accennate caratteristiche di tassabilità (ricchezza novella).

includere un calciatore in questa sessione trasmette all'esterno un quadro debilitato dell'atleta, il quale, così facendo, oltre a non essere considerato per il progetto della squadra proprietaria del cartellino, non viene nemmeno fatto giocare ed allenare con l'obiettivo di essere ceduto e/o ottenere un contratto con altri club potenzialmente interessati. È quindi evidente come la preclusione della possibilità di esibirsi in tale “vetrina” – proprio al fine di mantenere la propria appetibilità sul mercato – comporti per il calciatore una notevole perdita di valore che si traduce inequivocabilmente in un danno alla propria immagine professionale così come sopra delineata.

⁸ G. FALSITTA, *Manuale di Diritto Tributario, Parte Speciale, Il Sistema delle Imposte Italiane*, Cedam, Vicenza, 2018, 53.

⁹ Decreto Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917, in *Gazz. Uff.* n. 302 del 31 dicembre 1986.

¹⁰ Sul piano generale, la dottrina, pacificamente, ritiene che un reddito sia configurabile soltanto in presenza della c.d. “ricchezza novella”, cioè una ricchezza, nuova, incrementativa del reddito già esistente, depurata delle spese per produrla ed avente carattere riproducibile e stabile. Si veda nuovamente S. CAPOLUPO, *Indennizzo e risarcimento danni: le possibili ricadute fiscali*, cit., 2828.

A tal proposito, al fine di un completo e corretto inquadramento della fattispecie è necessario rifarsi ai principi impositivi generali dell'ordinamento tributario, secondo cui, ai sensi dell'Art. 6, comma 2, TUIR, le somme risarcite a fronte di una perdita reddituale costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti.¹¹

A fronte di tale principio, appare chiaro come il dettato di cui all'Art. 17 del TUIR vada interpretato nel senso che le somme ed i valori riconosciuti a titolo risarcitorio ivi considerati debbano essere ritenuti tassabili – a prescindere dal fatto che siano percepiti dal lavoratore per effetto di provvedimenti coattivi e/o esecutivi o transattivi – solo nel caso in cui presentino i connotati (manifestazione di capacità contributiva) di redditi di lavoro dipendente o di somme sostitutive di questi ultimi, spettanti al lavoratore in relazione al pregresso rapporto di lavoro.¹²

In altri termini, le somme percepite a titolo risarcitorio sono imponibili soltanto quando sono volte a reintegrare il danno concretizzato nella mancata percezione di un reddito. Per l'effetto, il corretto inquadramento fiscale delle somme pagate a titolo di risarcimento dal datore di lavoro al lavoratore richiede necessariamente l'inquadramento civilistico delle stesse.

Ed invero, ciò che emerge dal dettato normativo è che il danno assoggettato ad imposta è il solo c.d. "lucro cessante", ossia il mancato guadagno originato dall'inadempimento, mentre il c.d. "danno emergente", ossia la perdita economica che il patrimonio del creditore ha subito per colpa dell'inadempimento, è da ritenersi non imponibile, in quanto finalizzato a ristorare perdite aventi natura non reddituale.

Alla luce di quanto precede, appare evidente come la qualificazione civilistica delle somme erogate a titolo di risarcimento per "danno emergente" e quelle erogate a titolo di "lucro cessante" sia dirimente per la determinazione del relativo carico fiscale.

Tale impostazione, elaborata dalla più autorevole dottrina sulla base di una interpretazione sistematica delle norme di riferimento,¹³ è stata condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale, al fine di dirimere casi tra loro differenti – ma con unico comun denominatore il danno all'immagine professionale – si è appoggiata sulla distinzione di matrice civilistica sopra richiamata per pronunciarsi in ambito tributario sulla tassabilità del provento.

¹¹ Ai sensi del comma 2, Art. 6, citato: "*I proventi conseguiti in sostituzione di redditi, anche per effetto di cessione dei relativi crediti, e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi, esclusi quelli dipendenti da invalidità permanente o da morte, costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti*".

¹² Secondo autorevole dottrina, pertanto, anche a voler considerare le somme risarcitorie erogate a titolo di "danno emergente" (ad esempio per invalidità, menomazioni biologiche, alla professionalità, per danni morali o perdita di chances) quali caratterizzate dalla "qualità" di "ricchezza novella" queste ultime, in ragione della totale estraneità al rapporto di lavoro, non potrebbero comunque considerarsi tassabili ex Art. 17 del TUIR. Si veda nuovamente G. FALSITTA, *Manuale di Diritto Tributario, Parte Speciale, Il Sistema delle Imposte Italiane*, cit., 53.

¹³ Si veda nuovamente S. CAPOLUPO, *Indennizzo e risarcimento danni: le possibili ricadute fiscali*, cit., 2828.

Ed infatti, ad avviso dei Supremi Giudici, il criterio da seguire al fine di determinare l'imponibilità di somme di denaro elargite a titolo risarcitorio è quello di indagare se queste ultime “*abbiano la funzione di reintegrare un danno concretatosi nella mancata percezione di redditi*” (costituendo in tal modo un ristoro del lucro cessante), dovendo solo (e soltanto) in questo caso, propendere per la loro riconducibilità nell'alveo dell'Art. 6 del TUIR.¹⁴

A prescindere dalla distinzione ai fini della tassabilità tra risarcimento a titolo di lucro cessante e di danno emergente, ciò che emerge dall'impostazione della Suprema Corte è che al fine di inquadrare il provento nell'una o nell'altra fattispecie – e quindi ritenerlo tassabile, o meno – sia necessario procedere ad un approfondito accertamento in concreto “*sulla natura e la funzione dell'indennità percepita*”. E tale indagine dovrà necessariamente riguardare – ai fini di una corretta classificazione – anche le somme erogate dal datore di lavoro al fine di “ristorare” il danno all'immagine o alla professionalità subito dal lavoratore, sebbene ad oggi giurisprudenza e prassi appaiano concordi nel ritenere che quest'ultimo debba essere classificato nell'alveo del danno emergente (e quindi ritenuto non tassabile).¹⁵

Ed infatti, come affermato dalla giurisprudenza di merito “*il risarcimento del danno alla professionalità*” elemento proprio del danno all'immagine, “*costituisce chiara ipotesi di danno emergente e di natura risarcitoria non tassabile ai fini IRPEF*”.¹⁶

Facendo leva sulla giurisprudenza in materia, anche l'Agenzia delle Entrate ha avuto modo di aderire, ai fini dell'imponibilità dei proventi risarcitori, alla classificazione “danno emergente – lucro cessante” osservando peraltro, con specifico riferimento al ristoro del danno all'immagine, come tali somme debbano considerarsi non imponibili.¹⁷

¹⁴ Cass. civ. Sez. V, 13 maggio 2009, n. 10972, in *Ipsa Big Suite*. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva considerato reddito imponibile le indennità percepite, anche in via transattiva, da un lavoratore autonomo a causa dell'anticipata cessazione del rapporto di lavoro, omettendo completamente di svolgere il necessario accertamento sulla natura e la funzione dell'indennità percepita. Nello stesso senso, vedasi Cass. civ. Sez. V, 30 dicembre 2008, n. 30433, in *Ipsa Big Suite*, in merito all'importo corrisposto ad un dirigente di azienda a seguito di un atto transattivo per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, ha specificato che “*tenuto conto che si tratta di un direttore generale di una società di rilevante importanza, un licenziamento in tronco ... è indubbio che arrechi alla persona del dirigente apicale, pur non essendo questi titolare di un diritto alla stabilità del posto come un comune dipendente subordinato, un danno che va al di là della semplice perdita di reddito, ma coinvolge anche la reputazione e l'immagine professionale e, come tale, la somma percepita costituisce un ristoro per un danno emergente*”.

¹⁵ Ciò in quanto sebbene sia possibile ricondurre in linea di massima le diverse tipologie di danno alle categorie di lucro cessante o danno emergente è evidente che le peculiarità della fattispecie concreta possano incidere sulla classificazione (e quindi sulla tassabilità) del provento il quale, ai fini della non tassabilità, deve in concreto – e non solo “nominalmente” – costituire risarcimento del danno all'immagine.

¹⁶ Comm. Trib. Reg. Lazio, Roma, Sez. XXXVIII, 11 luglio 2013, n. 279 in *Ipsa Big Suite*.

¹⁷ In particolare nella Risoluzione n. 106 del 2009 si legge che “*dall'inquadramento prospettato dalla Cassazione, consegue sul piano fiscale che le somme erogate, che trovino titolo nella necessità*

Ed invero, anche secondo l'Amministrazione finanziaria, solo ove l'indennizzo vada a compensare in via integrativa o sostitutiva un mancato guadagno – o nel caso di lavoro dipendente la mancata percezione di redditi di lavoro – le somme corrisposte (in quanto sostitutive di reddito, ovverosia il lucro cessante) debbano essere assoggettate a tassazione e così ricomprese nel reddito complessivo del soggetto percipiente.

Al contrario, laddove il risarcimento abbia la funzione di reintegrazione patrimoniale per una perdita sofferta – avendo pertanto la sola funzione di riequilibrare, in termini pecuniari, il valore d'un patrimonio perduto (il cd. danno emergente) – la somma percepita non sarà assoggettata ad alcuna tassazione.

3. *La dimostrazione della natura di “danno emergente” del risarcimento erogato. La più recente giurisprudenza sul tema*

Attesa l'impostazione uniforme venutasi a creare – quanto meno da un punto di vista formale e dogmatico – occorre a questo punto esaminare i necessari elementi fattuali e probatori che debbono sussistere sia per il concreto ottenimento da parte del lavoratore del risarcimento astrattamente spettante per il danno all'immagine subito, sia per determinare la successiva classificazione del provento ai fini tributari.

Dal punto di vista processuale civilistico, occorre rilevare che in tema di risarcimento del danno all'immagine e alla professionalità la sola illustrazione del fatto lesivo della reputazione professionale non comporta automaticamente la prova del pregiudizio subito.

Ed infatti, la dimostrazione del fatto colposo lesivo della reputazione professionale altrui non prova l'esistenza anche del danno ingiusto, del cui onere probatorio è gravato il danneggiato.

Una volta dimostrata la lesione della reputazione professionale del soggetto, occorre quindi provare che tale lesione ha cagionato una perdita patrimoniale o un danno non patrimoniale (c.d. “danno conseguenza”).¹⁸

La prova del danno può essere data con ogni mezzo, anche attraverso presunzioni che, però, devono essere fondate su circostanze gravi, precise e concordanti.

Da quanto sopra, consegue che se viene lesa la reputazione professionale di una persona, il soggetto leso avrà diritto al ristoro dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti, tuttavia, al fine del concreto ottenimento del risarcimento,

di ristorare danni all'immagine propriamente detti, nell'accezione intesa dalla Suprema Corte, devono considerarsi non imponibili” e ancora nella Risoluzione n. 16 del 2018 che: “Solo, laddove il risarcimento abbia la funzione di reintegrazione patrimoniale per una perdita sofferta, ovvero non rappresenti una ricchezza nuova, avendo la sola funzione di riequilibrare, in termini pecuniari, il valore d'un patrimonio perduto (il cd. danno emergente), tale somma non sarà assoggettata a tassazione”.

¹⁸ Si veda nuovamente P. ZATTI, *Manuale di Diritto Civile*, cit., 2015, 1184, secondo cui i “danni-conseguenze” sono quei pregiudizi ulteriori, di ordine patrimoniale o morale, che derivano dalla lesione.

il danneggiato dovrà provare non solo il fatto ingiusto altrui, lesivo della propria reputazione, ma anche il concreto pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito.¹⁹

Tali aspetti probatori risultano peraltro rilevanti anche in ambito tributario, in quanto in grado di rivelare la reale essenza e funzione delle somme erogate dal datore di lavoro al lavoratore a seguito di condanna da parte dell'autorità giudiziaria, con conseguente possibilità di classificarle tra i proventi non tassabili in quanto percepiti a titolo di risarcimento di una perdita (danno emergente) o, viceversa, a titolo di lucro cessante.

A tal proposito, entrando nel cuore della tematica qui oggetto di trattazione, non si può non notare come l'eventuale svolgimento del processo civile, nonché l'emissione della relativa sentenza di condanna determinino una notevole semplificazione nella successiva operazione di "classificazione" del provento.

Ed infatti, nel caso di somme erogate dal datore di lavoro in ragione di sentenza di condanna, la classificazione di queste ultime verrà operata dal giudice civile, il quale, durante il processo, ai fini della liquidazione del danno, dovrà necessariamente imbattersi nella distinzione tra somme dovute a titolo di lucro cessante ed a titolo di danno emergente, facilitando – di conseguenza – il successivo compito di qualificazione fiscale di tali importi.

Il problema principale si pone dunque nei numerosi e frequenti casi in cui, soprattutto nel mondo del calcio – anche per evitare le "lungaggini" del processo civile²⁰ – le parti decidano di accordarsi stabilendo esse stesse, di comune intesa, il *quantum* nonché la funzione delle somme erogate dal datore di lavoro, formalizzando il tutto all'interno di un atto transattivo.²¹

¹⁹ Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, il pregiudizio derivante dal "*danno professionale*" (da intendersi quale pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale ovvero nel pregiudizio subito per perdita di chance) "*non può essere riconosciuto, in concreto, se non in presenza di adeguata allegazione ... indicando, nella specifica fattispecie, quali aspettative, che sarebbero state conseguibili in caso di regolare svolgimento del rapporto, siano state frustrate dal demansionamento o dalla forzata inattività*" (Cass. sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Ipsa Big Suite*).

²⁰ Le controversie in materia di lavoro dipendente vengono spesso composte tra le parti ricorrendo a procedure conciliative di tipo transattivo. La rapidità esecutiva dell'accordo transattivo rende infatti lo strumento conciliativo una alternativa valida alla lite giudiziale, che è caratterizzata da un esito incerto, da costi indefiniti e, talvolta, da tempi di esecuzione molto lunghi. La causa della transazione, come noto, risiede nello scopo di porre fine a una controversia attuale o futura e dall'esigenza di risolvere la stessa mediante reciproche concessioni. È definita dall'Art. 1965 c.c. come un contratto tra le parti. Le parti contraenti sono il lavoratore dipendente e il datore di lavoro. Si veda AA.VV., *Somme da transazione: regime fiscale e contributivo*, in *Guida alle paghe* n. 7, 2010, 350.

²¹ Evidentemente la materia si può prestare ad abusi e ciò potrebbe avvenire con maggiore intensità nell'ambito della trattativa volta ad evitare l'insorgere o il proseguire del contenzioso. Da un lato il lavoratore avanza le proprie pretese in termini di "netto atteso" e, dall'altro lato, le aziende ragionano in termini di "costo complessivo". La ricerca di un titolo giuridico che possa massimizzare il netto e minimizzare il costo potrebbe, in assenza di presupposti genuini, ingenerare forti criticità di natura fiscale (e contributiva). Si veda nuovamente G. MARINETTI, *Erogazioni di natura risarcitoria nel rapporto di lavoro dipendente*, cit., 1500.

Ci si domanda allora, in tali fattispecie, quali debbano essere i criteri “classificatori” da tenere presenti sia per evitare possibili contestazioni da parte dell’amministrazione finanziaria, sia – in caso vengano elevate – per l’eventuale successivo contenzioso tributario.

Ed infatti, qualora l’Amministrazione finanziaria proceda a contestare la classificazione e la conseguente tassazione (o meglio non tassazione) operata dal contribuente, in assenza di una sentenza di condanna civile, ricadrà sul giudice tributario la valutazione della correttezza e legittimità della scelta effettuata dalle parti con l’accordo transattivo.

E ciò è quanto avvenuto nel caso che ci si appresta a commentare,²² ove a seguito della mancata convocazione di un membro della rosa alla fase di pre-campionato da parte di una primaria società militante nella massima serie calcistica italiana, le parti, per mezzo di apposito atto di transazione, hanno concordato di interrompere prematuramente il proprio rapporto – in scadenza nel 2016 – già a partire dalla stagione 2013/2014.

Nel contratto, in particolare, atteso che il calciatore non rientrava più nel progetto tecnico della società, veniva stabilito che quest’ultima avrebbe riconosciuto al medesimo una somma di denaro a titolo di “incentivo all’esodo”, nonché una ulteriore e separata erogazione a titolo di “risarcimento del danno emergente”, da corrispondersi quale ristoro del danno alla professionalità e all’immagine cagionato dalla mancata convocazione dell’atleta al ritiro di pre-campionato.

Come può notarsi, dunque, in assenza di qualsivoglia intervento del giudice civile, la classificazione degli importi oggetto di corresponsione è avvenuta su esclusivo impulso e scelta delle parti, le quali oltre a specificare la natura civilistica delle somme riconosciute, hanno proceduto altresì a normare il conseguente trattamento fiscale, stabilendo in particolare: (i) l’assoggettamento alla tassazione separata IRPEF delle somme corrisposte a titolo di incentivo all’esodo (lucro cessante) e (ii) la non imponibilità del risarcimento erogato a titolo di danno all’immagine professionale (danno emergente).

Tale qualificazione, tuttavia, non ha convinto l’Agenzia delle Entrate, la quale, proprio sulla base dell’assenza di una vera e propria formale iniziativa del calciatore e dimostrazione da parte di quest’ultimo del danno subito – che, come anticipato, risulta passaggio obbligato in caso di contenzioso civile – ha ritenuto di contestare la mancata imposizione delle somme erogate a titolo di danno emergente, considerandole, al contrario, quali proventi riconosciuti “in sostituzione” di futuri redditi e quindi espressivi di capacità reddituale.

La vertenza così venutasi a creare è stata quindi rimessa alla decisione della Commissione tributaria provinciale di Genova che, rimarcando come le somme in oggetto avessero proprio la funzione di reintegrare la perdita di valore subita dal

²² Comm. Trib. Prov. Genova, Sez. 3, 22 maggio 2019, n. 346, non pubblicata. Si segnala, per completezza, che la sentenza in esame ha statuito altresì su altre e diverse contestazioni rispetto a quella oggetto della presente trattazione, qui non in esame.

“cartellino” del giocatore a causa della citata mancata convocazione, ergo di reintegrare una perdita patrimoniale legata all'immagine professionale dell'atleta,²³ ha aderito alla tesi del contribuente, mantenendo ferma la classificazione operata dalle parti nell'accordo contrattuale.

È appena il caso di sottolineare come, su tale decisione, notevole importanza abbia rivestito la dimostrazione da parte del contribuente (nel caso di specie, il club sportivo) dell'effettiva lesione del danno all'immagine che il calciatore ha subito – nelle stagioni sportive successive – a causa della mancata convocazione al pre-campionato,²⁴ elementi fattuali che hanno permesso al giudice di avvallare, *ex post*, la quantificazione e la “classificazione” del danno concordata nell'accordo transattivo, confermando pertanto come *ab origine* non ci fosse stata alcuna volontà delle parti di ristorare una mancata percezione di reddito.

Quanto deciso dai giudici nella sentenza in esame trova peraltro riscontro in buona parte della giurisprudenza di merito che, *in subiecta materia*, ha avuto modo di rilevare come (i) ciò che rileva nell'analisi della natura delle somme erogate in seguito ad accordo tra le parti sia il tenore dell'accordo stesso, dal quale deve emergere che la pretesa risarcitoria riguardi non già il mancato pagamento di retribuzioni dovute ma, invece, il danno derivante dalla mancata attribuzione (*inter alia*) dell'incarico dovuto;²⁵ (ii) al fine di poter negare l'assoggettabilità ad IRPEF di una erogazione economica effettuata a favore del prestatore di lavoro da parte del datore di lavoro, sia necessario accertare che la stessa non trovi la sua causa nel rapporto di lavoro.²⁶

Sempre la giurisprudenza di merito, peraltro, con precipuo riferimento all'importanza del tenore dell'accordo, ha avuto modo di precisare che una transazione tra le parti che liquida forfettariamente un danno all'immagine non è di per sé indice di un ristoro di reddito, a meno che al suo interno non emerga una

²³ In conformità alla *ratio* del “danno emergente”, come riconosciuta dalla stessa Corte di cassazione (cfr. Cass. civ., Sez. VI – 5, Ord., 19 febbraio 2016, n. 3313 in *Ipsa Big Suite*).

²⁴ L'atleta, ad inizio della stagione 2012/2013 presso la società (ossia a partire dai mesi estivi con il precampionato), aveva un valore di mercato pari ad Euro 2.500.000, vetta più alta dell'intera carriera del calciatore, mentre nella stagione 2013/2014 il suo valore è sceso ad Euro 1.000.000, perdendo ben oltre il 50%. Tale perdita di valore, peraltro, riflettendosi sul prestigio del calciatore, ne ha indiscutibilmente condizionato anche la restante (breve) parte di carriera. Lo stesso, infatti, dalla massima serie calcistica italiana, nelle due stagioni susseguenti, ha militato in serie B e in serie C, ritirandosi dal calcio giocato ad appena 27 anni.

²⁵ Cfr. Comm. Trib. Reg. Lombardia Milano, Sez. VII, 27 giugno 2008, n. 33, in *Ipsa Big Suite*.

²⁶ Come sostenuto dalla giurisprudenza di merito, nell'ambito del danno all'immagine, “*al fine di poter negare l'assoggettabilità ad IRPEF di una erogazione economica effettuata a favore del prestatore di lavoro da parte del datore di lavoro, è necessario accertare che la stessa non trovi la sua causa nel rapporto di lavoro e, se ciò non viene positivamente escluso, che tale erogazione, in base all'interpretazione della concreta volontà delle parti, non trovi la fonte della sua obbligatorietà né in redditi sostituiti, né nel risarcimento di danni consistenti nella perdita dei redditi futuri, cioè successivi alla cessazione od all'interruzione del rapporto di lavoro*” (cfr. Comm. Trib. Reg. Lazio Roma, Sez. IV, 06 settembre 2017, n. 5089, in *Ipsa Big Suite*; in senso conforme Cass. civ., Sez. V, 17 agosto 2004, n. 16014, in *Ipsa Big Suite*).

causa ricollegabile chiaramente ad un risarcimento del “mancato guadagno”, unitamente a molteplici collegamenti alla prestazione lavorativa in sé.²⁷

Tale ultima impostazione è stata sostenuta dai giudici con la sentenza in esame che, come detto, hanno del tutto convalidato quanto già stabilito contrattualmente tra le parti, rigettando la tesi contraria dell’Erario in quanto fondata, di fatto, su “un’assenza di prova del danno” subito dal calciatore che – sebbene elemento fondamentale in sede processualcivilistica – è stata ritenuta irrilevante nei casi di definizione della controversia a mezzo di un accordo transattivo.

4. Conclusioni

In primo luogo, come diffusamente illustrato *retro*, è oramai assodato che la nozione dogmatica di “danno all’immagine o alla professionalità” sia da ricondurre nell’alveo della categoria civilistica del “danno emergente”.

Per l’effetto, ove vi sia stato un “danno all’immagine o alla professionalità”, le somme erogate a titolo di risarcimento alla persona offesa sono da considerarsi (potenzialmente) non soggette ad imposizione fiscale.

Tuttavia, è evidente come per l’Agenzia delle Entrate non sia sufficiente la sola (auto)classificazione data dalle parti alle somme erogate a titolo di risarcimento, ma occorre dimostrare che un danno effettivo vi sia stato e che quest’ultimo sia qualificabile come “danno all’immagine o alla professionalità” (e, quindi, sia riconducibile alla nozione di “danno emergente”).

Se il problema della “classificazione” del danno ai fini fiscali non sussiste ove vi sia stata una previa decisione da parte del giudice civile – chiamato in causa dal lavoratore che pretende il riconoscimento del danno subito – risulta al contrario evidente il rigore che le parti (datore di lavoro e lavoratore) dovranno tenere nel redigere un accordo transattivo, in particolare nel dare una corretta classificazione e quantificazione al danno risarcibile.

Al fine di evitare possibili contestazioni da parte dell’Agenzia delle Entrate, infatti, gli operatori che si troveranno a redigere tali accordi, dovranno preventivamente considerare quali siano le finalità di ristoro delle somme riconosciute, l’estraneità (o meno) delle medesime al previgente rapporto lavorativo, nonché le modalità di quantificazione che, ai fini della non imponibilità, dovranno risultare del tutto slegate da una perdita di capacità reddituale presente o futura.

Sul punto, ferme restando le necessarie e debite cautele, la giurisprudenza di merito illustrata *retro sub 3* sembra particolarmente interessante per il principio che indirettamente esprime.

Ed invero, al contrario della tesi dell’Amministrazione finanziaria secondo cui non sarebbe possibile determinare la classificazione civilistica (danno emergente o lucro cessante) e l’entità di un danno subito *prima* che questo venga dimostrato dal lavoratore (attraverso, ad esempio, un “canonico” procedimento dinanzi al

²⁷ In questo senso, Comm. Trib. Reg. Toscana Firenze, Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 54, in *Ipsa Big Suite*.

giudice civile), i giudici tributari sostengono invece che tale preventiva classificazione sia sempre possibile tra le parti.

Inoltre, lo stesso giudice tributario potrà sempre valutare *ex post* quegli elementi che effettivamente consentono di legittimare la classificazione (civilistica e fiscale) del risarcimento del danno effettuata dalle parti – *ex ante* – a mezzo di accordo transattivo.

Elementi che, nel caso in esame, hanno riguardato l'effettiva carriera del calciatore il quale, a seguito della mancata convocazione al pre-campionato, si è ritrovato con un valore del cartellino ridotto di più del 50% nella stagione successiva, nonché a smettere del tutto di giocare pochi anni dopo.

Tali circostanze sono state tutte debitamente esaminate dai giudici, i quali hanno ritenuto corretta la classificazione delle somme erogate a titolo di risarcimento concordata dalle parti, poiché coerente con l'effettiva lesione all'immagine ed alla professionalità subita dal calciatore a seguito della mancata convocazione al pre-campionato.

A parere di chi scrive, tuttavia, il criterio utilizzato dai giudici nel valutare favorevolmente la tesi del contribuente non pare applicabile *tout court* ad ogni casistica che abbia ad oggetto una determinazione del danno in sede stragiudiziale. Sposare senza eccezioni tale principio equivarrebbe ad affermare che le parti possano autonomamente determinare una "presunzione" di danno che, ai fini fiscali, comporterebbe un diverso impatto a seconda del *nomen iuris* scelto per le somme erogate a titolo di risarcimento.

Il criterio avvallato dal giudice risulterà, al più, maggiormente applicabile in quei settori dell'ordinamento – come quello del calcio professionistico, ivi in esame – in cui la realizzazione di taluni eventi (*id est*, la mancata convocazione al pre-campionato) provocherà *necessariamente* determinate conseguenze, riconosciute e riconoscibili da tutti (*id est*, la perdita del valore del calciatore).²⁸

²⁸ Tali conseguenze, infatti, sebbene ignote alle parti al momento della conclusione dell'accordo e non costituenti l'unica conseguenza possibile del fatto noto (in questo caso, la mancata convocazione al pre-campionato), potranno ritenersi verificabili in termini di elevata prevedibilità e dunque desumibili secondo un grado di probabilità che parrebbe rasentare il parametro dell'*id quod prelumque accidit*.



SPORTS LAW AND POLICY CENTRE SRLS

VIA GIOVANNI PASCOLI 54
84014 NOCERA INFERIORE SA
CF/P.IVA 05283020658

Web site: www.sportslawandpolicycentre.com – E-mail: info@sportslawandpolicycentre.com

**ORDINE D'ACQUISTO
RIVISTA DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLO SPORT - ANNO 2021**

*da inviare via email (info@sportslawandpolicycentre.com) o via Fax (06.92912678)
allegando ricevuta di pagamento*

DATI CLIENTE PER CONTATTI

Nome e Cognome	
Tel. - Fax	
Indirizzo	
E-mail	

DATI FATTURAZIONE

Nome e Cognome / Ragione sociale	
Indirizzo	
Codice Fiscale / Partita IVA	
Pec	
Codice univoco	

DATI SPEDIZIONE

Nome e Cognome / Ragione sociale	
Indirizzo	
Recapito telefonico	

TIPOLOGIA ORDINE

Abbonamento Anno 2021 – n. 3 Volumi Cartacei	€ 200,00
Abbonamento Anno 2021 – n. 3 Volumi Versione eBook	€ 100,00
Singolo Volume Cartaceo	€ 70,00
Singolo Volume versione eBook	€ 35,00

NOTE

--

DATI PAGAMENTO

Bonifico Bancario: SPORTS LAW AND POLICY CENTRE S.r.l.s.
Presso BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA - IBAN: IT47Y0103076480000063220265 - BIC:
PASCITMMSAR

Data e Luogo, _____

Timbro e/o Firma _____

Finito di stampare a luglio 2021
presso Press Up s.r.l.

Sports Law and Policy Centre
www.sportslawandpolicycentre.com
info@sportslawandpolicycentre.com