



LA FIBA BRISE LE TABOU DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES AGENTS DE JOUEURS ET INTERDIT LEURS PRATIQUES ILLICITES – UN MODÈLE À SUIVRE

PAR PHILIPPE RENZ¹

Le sport et ses gangrènes : celles dont on parle comme le dopage et les matches truqués. Et celles que l'on tait comme la corruption et les conflits d'intérêts, et qui s'invitent jusque dans les plus hautes sphères du pouvoir et de la justice sportives. Parmi les milieux concernés, celui des agents de joueurs, qui a fait des conflits d'intérêts son modèle d'affaires dans nombre de sports d'équipe ces dernières décennies. Un milieu dont les pratiques de rémunération illicites ont conduit aux pires excès, poussant récemment des fédérations sportives et des associations de

clubs à prendre des mesures pour régulariser leur marché des transferts de joueurs. Parmi elles, la Fédération internationale de basketball (FIBA) fait office de pionnière au niveau global avec son nouveau règlement sur les agents qui est entré en vigueur le 1er janvier 2022. Un règlement qui interdit de manière explicite et conséquente les pratiques des agents de joueurs comportant des conflits d'intérêts, un règlement par lequel la FIBA brise un tabou tout en remettant les relations économiques et juridiques entre agents, clubs et joueurs sur les rails de la légalité.

¹ Philippe Renz est un avocat suisse spécialisé en droit du sport. Il est associé de l'Etude Renz & Partners à Berne (Suisse) - www.renz-partners.ch/fr/

UN MODÈLE D'AFFAIRES ILLICITE

Il est incontestable que les agents exercent une activité nécessaire et importante pour leurs joueurs et pour le marché des transferts de leur sport respectif. Cependant, ces vingt dernières années, les agents ont pris de plus en plus d'importance et d'influence dans les marchés des transferts. Les relations qu'ils ont établies au fil du temps avec les clubs les ont conduits à privilégier le plus souvent leurs propres intérêts économiques et ceux des clubs qui en général les rémunèrent, au détriment des intérêts des joueurs qu'ils auraient l'obligation de préserver avant tout.

En effet, les pratiques de rémunération des agents par les clubs pour les services qu'ils rendent avant tout à leurs clients, les joueurs, ainsi que les pratiques de double ou de triple représentation des agents sont devenues la norme dans certains sports d'équipe. Or, elles sont illicites car constitutives de conflits d'intérêts. Des conflits d'intérêts qui sont prohibés tant par le droit civil, et parfois par le droit public, que par les règlements des fédérations sportives, mais sur lesquels la plupart d'entre elles ont trop longtemps fermé les yeux.

Ces pratiques illicites des agents concernent également les clubs qui s'en font les complices. Des clubs qui, dans leur grande majorité, suivent ces pratiques les yeux fermés afin de pouvoir demeurer compétitifs sur leur marché des transferts de joueurs, mais qui sont aussi les victimes d'un système anticoncurrentiel qui profite avant tout aux clubs les plus aisés qui s'approprient ainsi les meilleurs joueurs en mains des agents les plus influents, aux tarifs fixés par ces derniers.

Par ailleurs, en participant à ce système illicite, nombre de clubs jouent avec le feu en dissimulant aux autorités fiscales et à celles des assurances-sociales la réalité des relations juridiques entre les parties aux transactions, en violation de la loi et de leurs obligations à cet égard, et au détriment des caisses publiques. Une problématique à laquelle ces autorités s'attaquent de plus en plus, comme en témoignent notamment au Royaume-Uni les nouvelles obligations de transparence imposées en 2021 par le département gouvernemental Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC) aux paiements effectués aux intermédiaires et aux agents en football².

Les pratiques des agents comportant des conflits d'intérêts ainsi que les liens incestueux des agents avec les clubs relèvent par ailleurs fréquemment du droit pénal et constituent la source principale de la criminalité parfois systémique minant certains marchés des transferts. Celui du football est le plus touché et le plus médiatisé, lui qui brasse des sommes astronomiques chaque année et qui est en mains du crime organisé, comme le Centre International d'Etude du Sport (CIES) de Neuchâtel l'a relevé dans un rapport de 2018 jamais rendu public mais dont le seul résumé, publié dans la presse en 2019³, est suffisamment évocateur de la zone de non-droit de ce milieu.

Les marchés des transferts des autres sports d'équipe les plus répandus en Europe comme le basketball, le handball, le hockey sur glace, le rugby et le volleyball brassent bien moins d'argent et sont donc moins exposés à une criminalité systémique. Il n'en demeure pas moins, dans ces sports également, qu'à chaque fois qu'un agent s'enrichit au détriment de son joueur en violation de ses obligations contractuelles à son égard, il est susceptible de commettre une infraction pénale de gestion déloyale vis-à-vis de ce dernier. Or, au vu des pratiques systématiques des agents qui comportent des conflits d'intérêts et qui minent certains marchés, une telle infraction est commise de manière tout aussi systématique, sans que les victimes s'en rendent compte.

² <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-income-manual/eim01152>

³ https://dynamic.faz.net/download/2019/Geheimpapier.pdf?_qa=2.171919011.268470747.1561524996-1262706935.1559629719 : résumé publié le 26.06.2019 par la Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) dans le cadre de son article «DFB, DFL und die Milliarden der Berater».

Face à tant d'excès, d'illicéité et de comportements criminels, certaines fédérations sportives et associations de clubs ont, dans un passé récent, pris le taureau par les cornes afin de régulariser leur marché des transferts et de mettre fin au sacrifice quasiment systématique des valeurs humaines et sportives, prônées par le mouvement olympique, sur l'autel d'un système « du fric à tout prix » qui ne bénéficie au bout du compte qu'aux agents et à une minorité de clubs. Pour ce faire, ces organisations sportives n'ont pas eu d'autre choix que d'interdire dans leurs règlements les pratiques des agents comportant des conflits d'intérêts car elles ont constaté ne plus pouvoir leur faire confiance, eux qui ont démontré ces dernières années être durablement incapables de régulariser eux-mêmes leurs pratiques commerciales en matière de transferts de joueurs, et de respecter leurs obligations vis-à-vis de ces derniers.

Ces conflits d'intérêts, la FIBA est manifestement la première fédération internationale à les avoir analysés de manière fouillée sous l'angle de l'activité de l'agent dans son ensemble - une activité qui comprend non seulement des prestations de placement mais le plus souvent également des prestations de management - dans le cadre de l'élaboration de son nouveau règlement sur les agents⁴, entré en vigueur le 1er janvier 2022. Une telle analyse lui a en effet permis de différencier clairement les pratiques licites de celles qui devaient être interdites car constitutives de conflits d'intérêts illicites. Des interdictions que la FIBA a désormais formalisées dans ce nouveau règlement.

LA FIBA TACLE LES PRATIQUES DES AGENTS COMPORTANT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Dans le monde du sport, l'activité de l'agent de joueurs consiste généralement à conseiller ses joueurs et à gérer et défendre leurs intérêts durant leur carrière ou une partie de celle-ci. L'agent se mue en intermédiaire lorsqu'il négocie les contrats de travail de ses joueurs avec des clubs. Même si l'activité de l'agent est généralement perçue de manière globale, il est crucial de distinguer son activité de placement de celle de management, car les droits et les obligations qui en découlent pour l'agent, ses joueurs et les clubs ne sont pas les mêmes.

En effet, si l'agent n'est qu'un intermédiaire - il ne fait que négocier et conclure des contrats de travail avec des clubs, et rien d'autre -, il pourra, dans certaines circonstances, lever un conflit d'intérêts préexistant et s'engager dans les négociations comme si ce conflit d'intérêts n'existait pas. Or, si l'agent est aussi un manager, il est lié à ses joueurs dans la durée du fait de ses prestations de management en leur faveur et il ne peut dès lors pas déroger à son obligation légale de préserver en tout temps les intérêts de ses joueurs, laquelle est issue de cette relation de management. De ce fait, il lui est interdit de se mettre dans une situation de conflit d'intérêts qui est susceptible de nuire aux intérêts de ses joueurs, et il ne peut pas non plus lever un tel conflit d'intérêts.

Une telle obligation de protection des intérêts du représenté (joueur) par son représentant (agent) est prévue non seulement par le droit suisse du mandat (articles 394ss du Code suisse des obligations⁵) - un droit suisse que les fédérations sportives basées en Suisse doivent prendre en considération et faire respecter dans la mise en œuvre de leurs réglementations sportives et extra-sportives - mais également par la plupart des autres ordres juridiques au niveau international. Et la violation de cette obligation de protection, au détriment des intérêts du représenté, peut généra-

⁴ Le règlement sur les agents se trouve au Chapitre 9 (Art. 293 à 325) du Livre 3 des FIBA Internal Regulations: <https://www.fiba.basketball/internal-regulations/book3/players-and-officials.pdf>

⁵ https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr#part_2/tit_13

lement faire l'objet d'une action civile en récupération de la commission que l'agent aurait touché indûment du fait de son conflit d'intérêts⁶ et d'une plainte disciplinaire auprès de la fédération sportive compétente⁷; elle est également, comme évoqué plus haut, bien souvent susceptible de constituer une infraction pénale de gestion déloyale⁸.

Dès lors, et comme l'explique plus en détail le site internet www.check-your-agent.football/fr/ qui constitue une source d'informations assez complète sur la problématique des conflits d'intérêts des agents⁹, ceux-ci se mettent automatiquement dans une position illicite de conflit d'intérêts lorsque :

- ✗ Ils se font payer par les clubs leurs commissions pour leur activité de management effectuée pour le compte de leurs joueurs, et/ou ;
- ✗ Ils perçoivent des clubs, à l'insu de leurs joueurs, plus d'argent que celui qu'ils percevraient s'ils étaient rémunérés par ces derniers pour l'activité effectuée pour leur compte, et/ou ;
- ✗ Ils perçoivent de l'argent des clubs en vertu de pratiques de double ou de triple représentation, et/ou ;
- ✗ Ils se lient juridiquement aux clubs de leurs joueurs, d'une manière ou d'une autre (par exemple, en football, pour négocier les accords de transfert qui concernent leurs joueurs), et se font rémunérer à ces fins.

Or, ce sont toutes ces pratiques de rémunération et de connivences entre agents et clubs qui constituent encore aujourd'hui le modèle d'affaires illicite des agents dans le marché des transferts de certains sports d'équipe, des pratiques que la FIBA interdit désormais explicitement à l'article 298 de son nouveau règlement sur les agents. En effet, ce règlement stipule qu'**un agent n'est notamment plus autorisé à :**

- ⊘ **Représenter ou conseiller plus d'une partie dans la même transaction** (let. a). Une interdiction qui va de soi puisque tout rapport de multiple représentation d'un agent donne automatiquement naissance à un conflit d'intérêts illicite.
- ⊘ **Accepter de se faire rémunérer pour ses services par quelqu'un d'autre que son client** (let. b). Dans le 99% des cas, le client effectif de l'agent, c'est son joueur. Un joueur qui, pour préserver ses intérêts notamment financiers et pour s'assurer que l'agent les préserve également, se doit de rémunérer lui-même son agent, tant pour les prestations de placement que de management que celui-ci rend en sa faveur. Par ailleurs, le fait pour le joueur de tenir son agent « par le porte-monnaie » lui permet de s'assurer de la qualité de ses prestations en sa faveur.
- ⊘ **Représenter ou conseiller un club si l'agent est sous contrat avec un joueur enregistré auprès de ce club** (let. c). Cette règle concrétise elle aussi l'interdiction de la multiple représentation par un agent, vis-à-vis d'un club et de l'ensemble de ses joueurs.

⁶ Voir notamment la décision No. 2015/A/3962 rendue le 07.12.2016 par le Tribunal arbitral du sport (TAS), laquelle renvoie notamment à l'article 415 du Code suisse des obligations qui prévoit la déchéance du droit de l'agent à sa rémunération et au remboursement de ses dépenses lorsqu'il agit dans l'intérêt d'un tiers au mépris de ses obligations envers son client.

⁷ S'agissant de la FIBA, elle a fixé aux articles 322 à 324 de son règlement sur les agents les sanctions qui sont applicables aux agents, aux joueurs et aux clubs en cas de violation des dispositions du règlement.

⁸ En droit suisse, l'infraction de gestion déloyale figure à l'article 158 du Code pénal suisse - https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/fr#art_158

⁹ Même si le site internet www.check-your-agent.football/fr/ est dédié à la problématique des conflits d'intérêts des agents dans le milieu du football, son contenu est générique et s'applique à tous les sports.

- ⊘ **Utiliser directement ou indirectement une partie tierce pour contourner les restrictions ci-dessus. La seule exception étant qu'un joueur peut se mettre d'accord avec un tiers pour que ce dernier verse pour son compte la rémunération due à l'agent** (let. d). Si ce tiers est le club du joueur, il n'aura le droit de prélever le montant de la rémunération à payer à l'agent que sur le salaire du joueur, le club n'ayant pas le droit de verser quoi que ce soit à l'agent de ses propres deniers, pour éviter justement un conflit d'intérêts. Il s'agira alors d'une simple modalité de paiement convenue entre le joueur et le tiers, l'agent n'étant pas impliqué dans cet arrangement. En pratique, il est cependant difficile de voir quel est l'intérêt d'un club de procéder de la sorte et de se charger de tâches et de responsabilités inutiles alors qu'il peut laisser le joueur payer lui-même la commission de son agent.

En interdisant ainsi de manière conséquente ces pratiques illicites des agents, la FIBA est la première fédération internationale à briser le tabou de leurs conflits d'intérêts et à les remettre là où ils ont leur place, soit aux côtés de leurs clients, les joueurs. La FIBA remet ainsi les relations économiques et juridiques entre agents, clubs et joueurs sur les rails de la légalité, dans un nouveau cadre légal qui responsabilise les joueurs qui devront désormais rémunérer eux-mêmes leur agent, et ceci en distinguant les prestations de placement de celles de management qui sont effectuées en leur faveur par leur agent, car leur mode de rémunération n'est pas le même¹⁰.

LA FIBA DIFFÉRENCIE L'ACTIVITÉ DE PLACEMENT DE CELLE DE MANAGEMENT

La FIBA a également formalisé dans son nouveau règlement la distinction entre prestations de placement et prestations de management de l'agent en faveur du joueur (ou d'un club, même si ce cas de figure semble être plutôt rare dans le monde du basketball). Elle stipule en effet, à l'article 316 de ce règlement, que l'agent a notamment les droits suivants :

- ✓ Représenter tout joueur ou club lui demandant de négocier et/ou de conclure un contrat pour son compte, toujours sous réserve de l'interdiction des conflits d'intérêts (let. c.).
- ✓ Gérer les affaires de tout joueur ou club lui demandant de le faire, toujours sous réserve de l'interdiction des conflits d'intérêts (let. d.).

La FIBA détaille ensuite par de nombreux exemples ce que sont des prestations de management et des prestations de placement, aux articles 1.2.1 et 1.2.2 du modèle de contrat entre un agent et un joueur (ou un club) qu'elle a adopté à l'annexe 1 de son nouveau règlement, modèle que les agents devraient utiliser dans toute la mesure du possible, comme le prévoit l'article 319 du règlement.

La FIBA reprend ensuite également la différence entre prestations de management et prestations de placement dans la manière de les rémunérer, en prévoyant dans son modèle de contrat, d'une part, une rémunération mensuelle fixe pour les prestations de management, laquelle est à verser par le joueur à l'agent à la fin de chaque mois (art. 3.1) ; et d'autre part, une rémunération fixée en pourcents du salaire net perçu par le joueur auprès du club, avec une limite maximum de 10%, pour les prestations de placement (art. 3.2).

¹⁰ Le site internet www.check-your-agent.football/fr/ dédie tout un chapitre à la rémunération de l'agent par le joueur.

S'agissant de la rémunération des prestations de management, il en va de l'intérêt des deux parties de prévoir dans leur contrat que le montant de cette rémunération puisse être revu périodiquement à la hausse ou à la baisse en fonction des prestations effectivement rendues par l'agent à son joueur, respectivement en fonction des besoins de ce dernier en termes de management, lesquels peuvent évoluer avec le temps tant dans leur nature que dans leur volume.

S'agissant de la rémunération des prestations de placement et à titre d'exemple, on peut relever que le droit public suisse¹¹ protège le demandeur d'emploi (en l'occurrence le joueur) en limitant la commission qu'il doit verser à son agent à un montant de 5% au maximum du salaire annuel brut qu'il perçoit du club durant la première année de contrat uniquement. Le législateur a en effet notamment considéré que l'effort fourni par l'agent pour aider à négocier et conclure un contrat de travail d'une année ou de plusieurs années avec le club n'était pas vraiment différent, si bien qu'il a limité cette rémunération au premier salaire annuel du joueur. Par ailleurs, selon le même droit suisse, seul le salaire de base du joueur doit être pris en compte pour le calcul de la commission de l'agent, et non pas les autres prestations en argent (primes) ou en nature (appartement, voiture, etc.) que le joueur reçoit du club.

Ces nouvelles dispositions de la FIBA sur les conflits d'intérêts des agents et sur la manière de rémunérer ces derniers vont changer les pratiques du marché des transferts en basketball. Elles auront un impact certain sur l'activité de beaucoup d'agents, lesquels ne peuvent plus prétendre aujourd'hui continuer à baser leur modèle d'affaires sur des pratiques illicites. Cette régularisation des pratiques par la FIBA ne porte pas atteinte à leur liberté du commerce ni au droit de la concurrence, comme certains d'entre eux pourraient le prétendre, et ils devront dès lors adapter leur modèle d'affaires à ces nouvelles règles.

Ainsi et notamment, afin de se garantir à l'avenir le paiement des prestations qu'ils effectuent en faveur de leurs joueurs, les agents devront veiller à sécuriser proprement leurs relations contractuelles avec eux. A ces fins, les agents devront tenir compte du fait que la FIBA a supprimé la clause d'exclusivité qui empêchait jusque-là les joueurs de s'engager auprès de plus d'un agent à la fois, et du fait que son règlement (art. 320) prévoit désormais que le joueur peut à tout moment résilier son contrat avec son agent moyennant un préavis de 30 jours. Ces changements sont justifiés car en adéquation avec nombre de législations nationales relatives au placement de personnel et aux contrats de service, lesquelles priment le plus souvent les règlements de la FIBA et prévoient pour certaines d'entre elles des régimes plus stricts, comme par exemple une résiliation immédiate du contrat sans qu'aucun délai de préavis ne soit nécessaire.

LA FIBA MONTRE LA VOIE À SUIVRE

Le nouveau règlement de la FIBA sur les agents montre ainsi la voie à suivre à toutes les fédérations sportives internationales et nationales qui connaissent, dans leurs marchés des transferts respectifs, les mêmes pratiques (systémiques) des agents de joueurs comportant des conflits d'intérêts. Si la FIBA est la première fédération internationale à faire le pas, les principales ligues professionnelles américaines de basketball (NBA), de hockey sur glace (NHL), de football américain (NFL) et de baseball (MLB) ont depuis longtemps adopté le système du joueur-payeur vis-à-vis de son agent.

¹¹ Art. 3 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LSE - https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1991/425_425_425/fr#art_3

En hockey sur glace, les agents ne sont pas réglementés au niveau international par la Fédération internationale de hockey sur glace (IIHF). En revanche, nombre de fédérations ou de ligues nationales européennes ont régularisé ces cinq dernières années les pratiques de rémunération des agents en passant du système du club-payeur à celui du joueur-payeur.

En handball, le Forum Club Handball qui est l'association regroupant les plus grands clubs européens masculins et féminins, a récemment annoncé vouloir adopter le système du joueur-payeur dès l'été 2022, une initiative qu'elle souhaite voir se globaliser avec l'appui de la Fédération internationale de handball (IHF).

En rugby, les clubs de première division anglaise, également impactés par les nouvelles obligations de transparence imposées par le HMRC suite aux dérives constatées dans le milieu du football, sont montés au front en automne 2021 en indiquant ne plus vouloir payer eux-mêmes les agents pour les services qu'ils rendent à leurs joueurs. Même si une « bataille » est en cours avec les agents, l'application du droit ne pourra que donner raison aux clubs.

Ces exemples démontrent qu'il existe aujourd'hui une tendance et un besoin évidents, pour les fédérations sportives et les clubs, à abolir certaines pratiques d'un autre temps – en l'occurrence les pratiques illicites de rémunération des agents comportant des conflits d'intérêts tout aussi illicites – afin de rétablir le droit et les bonnes pratiques dans leurs marchés des transferts respectifs, et afin de préserver leur image. Une démarche de régularisation par laquelle la préservation des intérêts des athlètes est – enfin – remise quelque peu au centre de leurs préoccupations. La FIBA a désormais brisé un tabou, les autres fédérations, internationales ou nationales, ne peuvent que lui emboîter le pas sans qu'elles aient à réinventer la roue, son nouveau règlement sur les agents – qui est encore perfectible ici et là et qui sera certainement affiné avec le temps – étant un excellent modèle à suivre.

RENZ & PARTNERS

ATTORNEYS AT LAW

www.renz-partners.ch

+41 31 318 30 00 (Bern)

+41 26 322 70 70 (Fribourg)