

Les rétrocessions

Ni gagner, ni perdre

Depuis l'arrêt rendu par le tribunal fédéral le 22 mars 2006¹, les discussions vont bon train sur les rétrocessions et les conséquences dudit arrêt. Dans le texte qui suit, nous allons nous pencher sur la question dans l'optique d'une institution de prévoyance.

Juridiquement parlant, le tribunal fédéral n'a introduit aucun élément nouveau, il a simplement confirmé l'interprétation d'une règle de base du droit relatif au mandat, à savoir que le mandataire doit restituer au mandant tout ce qu'il a reçu dans le cadre de l'exécution de son mandat à quelque titre que ce soit (voir art. 400 al. 1 CO). Il a également affirmé que la règle n'est pas applicable si les parties en cause ont fixé des dispositions contraires par contrat (ce qu'il juge admissible), ou si la prestation du tiers est sans lien intrinsèque avec le mandat et que le mandataire en a seulement bénéficié à l'occasion de l'exécution de son mandat.

Ces principes ont cours pour toute situation de mandat et toutes prestations de tierces personnes en faveur du mandataire (donc pas uniquement pour les rétrocessions classiques). A défaut d'un contrat de gestion les principes énoncés ne sont pas applicables.

L'arrêt a malgré tout fait beaucoup de bruit car par ses réflexions, le tribunal fédéral a mis fin à une pratique très répandue dans la branche de la gestion de fortune où de nombreux gestionnaires de fortune, considérant qu'il s'agissait d'un revenu supplémentaire, empochaient simplement les rétrocessions sans que leurs mandants n'en soient informés ou aient approuvé cette pratique. Selon une étude menée par l'Institut de l'industrie bancaire de l'Université de Zurich, étude sur laquelle

on s'était appuyé lors du procès, à peine 39% des gestionnaires de fortune indépendants interrogés à l'époque (état 2006)² déclaraient spontanément les rétrocessions reçues et seulement 19% les transféraient à leur mandant. Les mêmes participants à l'étude indiquaient en outre que 35% de leurs ressources provenaient des rétrocessions et 45% des honoraires.

Agir dans l'intérêt du mandant

Au vu des faits, le tribunal fédéral a formulé le principe suivant: en dehors des honoraires convenus, le mandataire n'est sensé «ni gagner, ni perdre» dans le cadre de l'exécution de son mandat. L'idée qui sous-tend ce principe très ancien du droit relatif au mandat est celle de la bonne et fidèle exécution du mandat dans le seul intérêt du mandant (voir art. 398 CO). Si un tiers rémunère également le mandataire en espèces ou sous une autre forme dans le cadre de l'exécution d'un mandat concret, il existe en effet un risque bien réel que le mandataire, du fait qu'il n'est pas indépendant, n'agisse pas dans l'intérêt exclusif du mandant, ce qui serait contraire à la nature du mandat.

Par son arrêt, le tribunal fédéral a également clarifié ce qui suit: pour sa défense, le gestionnaire de fortune accusé d'avoir gardé les rétrocessions en dérogation aux règles prévues par la loi avait

fait valoir que sa mandante était tacitement d'accord et n'y avait jamais vu d'inconvénient. A cela, le tribunal fédéral a répliqué qu'un mandat pouvait seulement renoncer valablement à la restitution de rétrocessions à condition d'avoir consenti expressément à ce que le mandataire garde pour lui les prestations reçues de tiers en relation avec son mandat et que cette volonté soit exprimée sous forme d'une convention spécifiant également le montant et l'étendue de la prestation à laquelle le mandant serait prêt à renoncer. Concrètement, cela signifie que le gestionnaire de fortune peut seulement garder les

En bref

- > Dans son catalogue de mesures, l'auteur formule neuf recommandations pour les institutions de prévoyance sur la manière de traiter les rétrocessions
- > Pour le catalogue de mesures voir sous www.schweizerpersonalvorsorge.ch-downloads

rétrocessions en toute légalité s'il déclare ouvertement le montant de la rétrocession qu'il entend retenir et que le mandant y consent chaque fois expressément.

C'est dans ce contexte qu'il faut également comprendre la directive suivante, adressée le 5 décembre 2006 par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) aux institutions de prévoyance qui lui sont subordonnées et réaffirmée avec force le 1er novembre 2007, à savoir: les institutions de prévoyance concernées doivent régler par écrit avec leurs gestionnaires

Auteur

Eliane Menghetti
Dr. en droit, avocate,
Legal Consultant,
PPCmetrics AG, Zurich



¹ ATF 132 III 460 Arrêt de la Ire Cour civile dans la cause Fondation U. contre A. 4C.432/2005 du 22.3.2006.

² Christian Bühler, Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz, dissertation, Berne 2006.

de fortune le traitement des rétrocessions. La renonciation à la restitution par contrat n'est admissible qu'après réception d'un compte rendu annuel du gestionnaire de fortune détaillant le montant des rétrocessions touchées. L'OFAS exige en outre de la part des institutions de prévoyance qu'elles stipulent dans l'annexe aux comptes annuels (2007) les règles contractuelles régissant le traitement des rétrocessions et établissent, le cas échéant, une liste séparée pour chaque gestionnaire de fortune indiquant le montant des rétrocessions auxquelles elles ont renoncé. Enfin, il faudra éventuellement envisager de réclamer au gestionnaire de fortune toutes les rétrocessions des dix dernières années. Les décisions du conseil de fondation en la matière sont à consigner dans le procès-verbal du conseil de fondation.

Les informations à donner au mandant

L'arrêt du tribunal fédéral a eu pour effet que de nombreuses institutions de prévoyance ont immédiatement abordé le thème avec leurs gestionnaires de fortune (banques et gestionnaires de fortune indépendants), indépendamment des exigences de l'OFAS, et leur ont demandé des comptes sur les rétrocessions éventuellement reçues ou exigé la restitution de prestations de tiers en s'appuyant sur l'arrêt du tribunal fédéral ou, plus correctement, sur l'art. 400 al. 1 CO.

Tous les gestionnaires de fortune n'ont pas réagi de la même manière: certains ont déclaré que l'arrêt du tribunal fédéral portait sur un autre cas et les discussions ont commencé sur la définition et la délimitation exacte des rétrocessions et des prestations de tiers intrinsèquement liées à l'exécution du mandat, sur l'admissibilité de déclarations de renonciation forfaitaire, sur l'étendue de l'obligation de rendre des comptes, sur la possibilité ou non du mandant de renoncer à son droit à l'information, etc.

Réglementation par écrit

On observe actuellement chez les gestionnaires de fortune une tendance à exiger de leurs clients institutionnels une réglementation écrite en vue de préciser ou d'amender l'art. 400 al. 1 CO. La plupart des gestionnaires de fortune sont prêts à

rendre des comptes et à restituer à leurs mandants les prestations de tiers (dessous-de-table, finder fees, commissions) généralement appelées rétrocessions. La situation est différente dans le domaine des clients privés où les banques imitent de plus en plus une pratique courante chez les gestionnaires de fortune indépendants et gardent pour elles toutes les prestations de tiers, qu'elles soient ou non tenues de rendre des comptes. Ce principe de non restitution est généralement stipulé dans les conditions générales d'affaires ou le règlement du dépôt. Les banques étant les premières à refuser toute modification individuelle de ce document dans le segment de la clientèle privée, les éventuels problèmes liés à cette pratique se situeraient sans doute au niveau des exigences de la forme écrite et de la teneur admissible de contrats types.

Dans le domaine institutionnel, on se dispute surtout sur ce qu'il faut inclure dans la notion de rétrocessions ou de «prestations de tiers». Les shared commissions (rétrocessions provenant de courtages), les pooled commissions (courtages avantageux grâce à un volume de transaction important dont peut éventuellement profiter le gestionnaire de fortune pour ses affaires propres), les soft commissions (prestations de tiers non monétaires, par exemple prestations IT, analyse financière) et les autres avantages non monétaires (les dénommées «incitations» telles que séminaires, etc.) en font-elles partie de même que les paiements au gestionnaire de fortune dans le cadre d'affaire avec des fonds? Pour l'instant, les esprits se divisent sur la question de savoir si la gestion du portefeuille, les commissions de distribution, d'émission ou de reprise versées au gestionnaire de fortune lors de l'utilisation de placements collectifs ou de produits structurés dans le portefeuille du mandant sont considérés au moins partiellement comme rétrocessions ou prestations de tiers au sens de l'art. 400 CO. Un autre point de désaccord concerne le fait de savoir si ces commissions doivent être traitées différemment selon qu'elles concernent des placements collectifs émis par le gestionnaire de fortune lui-même ou des fonds de tiers. Cette discussion intéresse tous les clients institutionnels faisant usage de tels placements

dans leur portefeuille. Les gestionnaires de fortune insistent en général sur leur droit exclusif à ces prestations et excluent par contrat toute prétention du mandant au prétexte qu'il s'agit d'une indemnité à part, indépendante de la transaction, qui honore leurs prestations telles que l'apport d'investisseurs et l'entretien de leurs portefeuilles (marketing, suivi, etc.), prestations sans lien avec le mandat de gestion de fortune qui leur a été confié par leurs clients. Et pour les quelques prestations qui échapperaient à cette explication, par exemple les redevances upfront (participation aux droits d'émission), ils affirment pouvoir les garder à titre de revenu complémentaire. Les investisseurs et les gestionnaires de fortune ont évidemment des points de vue différents à ce sujet et la jurisprudence n'a pas encore tranché à ce jour. Quant aux juristes, ils se livrent une bataille dogmatique à ce sujet. Certains gestionnaires de fortune sont désormais prêts à céder un pourcentage prédéfini de ces redevances et commissions à leur mandant. ■

Les institutions de prévoyance sont invitées à prendre les mesures suivantes à l'égard de leurs gestionnaires de fortune (banques et gestionnaires indépendants):

1. Comme l'institution doit gérer sa fortune avec soin, elle devrait par principe insister auprès de ses gestionnaires de fortune sur une transparence totale des coûts (notamment en ce qui concerne la rotation du portefeuille) et sur la restitution de toutes recettes supplémentaires («prestations de tiers») reçues par le mandataire en rapport avec son mandat de gestion de fortune. Pour justifier cette demande face au gestionnaire de fortune, on pourra invoquer l'art. 400 al. 1 CO, mais aussi le fait que le mandat doit être exécuté au bénéfice d'un tiers et qu'il s'agit d'éviter les conflits d'intérêts (art. 398 CO).
2. Comme le CO a un caractère dispositif (c'est-à-dire que pour tout point qui n'est pas réglé par contrat le CO fait foi), il n'est pas impératif de régler la question des rétrocessions par écrit, auquel cas l'art. 400 al. 1 CO (devoir global de reddition de comptes et de restitution) fera foi. Selon les cas, il peut donc être préférable pour une institution de prévoyance de ne pas avoir de contrat du tout, plutôt qu'un contrat défavorable (par exemple le désistement forfaitaire). L'inconvénient de cette solution est qu'il faudra sans doute discuter chaque fois pour savoir si une prestation tombe sous l'art. 400 al. 1 CO ou non.
3. Il est possible de stipuler par contrat que le gestionnaire de fortune ne doit procéder à aucune transaction générant des rétrocessions ou des prestations de tiers et qu'il doit éviter tous conflits d'intérêt et exécuter les transactions selon le principe de la «bonne et fidèle exécution». Normalement, les gestionnaires de fortune suisses, qui sont subordonnés à la loi sur les bourses, satisfont à ces deux dernières exigences (voir art. 11 LBVM).
4. Aux institutions de prévoyance qui lui sont subordonnées, l'OFAS a donné l'instruction de régler le traitement des rétrocessions par écrit avec leurs gestionnaires en formulant des règles claires dans l'esprit de ce qui a été exposé ci-dessus.
5. Le principe suivant vaut pour toutes les institutions de prévoyance: si le gestionnaire de fortune insiste pour garder les rétrocessions ou les prestations de tiers, il faut que cela soit expressément consigné par écrit. Le droit à l'information ne peut en aucun cas être exclu par contrat, puisque, comme nous l'avons vu, le mandant peut seulement renoncer à la restitution en toute légalité s'il est au courant du montant et de l'étendue exacts des prestations de tiers («rétrocessions») retenues. Etant donné que la gestion de fortune fonde un rapport contractuel durable, il faut exiger des informations régulièrement, en règle générale une fois par an, et une renonciation devra être formulée par écrit le cas échéant.
6. En relation avec les placements collectifs et les produits structurés, il faut exiger de la part du gestionnaire de fortune une transparence totale des coûts et des autres prestations de tiers (commissions en tout genre). Le montant à rétrocéder au mandant devra être négocié au cas par cas. La rétrocession d'un forfait défini à l'avance est en contradiction avec l'arrêt du tribunal fédéral.
7. Sont exclus du devoir d'annonce et de restitution les cadeaux bagatelles et les cadeaux occasionnels selon art. 48g OPP 2 pour les gestionnaires de fortune qui sont subordonnés à la loi suisse sur la surveillance des banques.
8. Le cadre juridique étant ainsi posé, il est possible de le cimenter par des mesures économiques comme par exemple des «all in fees» ou l'indemnisation des gestionnaires en fonction de la performance afin de diminuer l'incitation à générer des rétrocessions (par exemple, en faisant tourner le portefeuille inutilement).
9. Au niveau interne, il est recommandé aux institutions de prévoyance d'aborder systématiquement chaque année le thème des rétrocessions dans les organes compétents. Dans le déroulement opérationnel, il faudra vérifier pour chaque contrat de gestion de fortune s'il règle ou non les rétrocessions et les prestations de tiers, ainsi que les conditions générales y attachées, sans oublier le règlement pour dépôts ou les conditions générales d'affaires de gestion, afin d'établir leur conformité avec les dispositions légales et les décisions internes de l'institution de prévoyance. Les institutions de prévoyance qui sont subordonnées à l'OFAS doivent en outre tenir compte des exigences formelles en relation avec la prise de décision ainsi que la reddition de compte.