

FOCUS ON

ME FRÉDÉRIQUE BENSACHEL

AVOCATE

FBENSACHEL@FBT.CH

FBT AVOCATS SA

RUE DU 31-DÉCEMBRE 47

CASE POSTALE 6120

1211 GENÈVE 6

TÉL : +41 22 849 60 40

WWW.FBT.CH



RÉTROCESSIONS: LES CONSÉQUENCES DE L'ÉVOLUTION RÉGLEMENTAIRE RÉCENTE SUR LES GÉRANTS INDÉPENDANTS

L'arrêt de principe du Tribunal fédéral du 30 octobre 2012 en matière d'obligation de restitution des rétrocessions a soulevé de nombreuses réactions dans le milieu bancaire. Entretien avec Me Frédérique Benschel qui évoque les conséquences de ce changement de pratique sur les tiers gérants.

Comment l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 octobre 2012 va-t-il impacter les gérants indépendants déjà touchés par l'arrêt du TF de 2006 qui a rendu obligatoire le devoir d'information du client et le devoir de principe de restitution des rétrocessions, entraînant une modification importante des mandats de gestion?

Dans l'arrêt de 2006, le Tribunal fédéral a interprété des dispositions du Code des obligations existantes depuis plus de 100 ans. Il a considéré que les devoirs d'information et de restitution, fondamentaux dans la relation de mandat, s'étendaient également aux rétrocessions perçues par le gérant de fortune. L'arrêt du 30 octobre 2012 ne dit pas autre chose. Il met toutefois en exergue les conflits d'intérêts qui peuvent surgir lorsqu'un intermédiaire financier - une banque en l'occurrence - perçoit une rémunération parce qu'elle place un

« la clause du mandat de gestion relative aux rétrocessions ... doit tenir compte des derniers développements de la jurisprudence, soit en particulier de l'arrêt du 29 août 2011 qui est un arrêt très important pour le gérant de fortune. »

produit donné dans le portefeuille d'un client. Il retient par ailleurs que certaines rémunérations perçues par la banque, dont l'industrie des fonds et l'industrie bancaire considéraient qu'elles n'étaient pas soumises à l'obligation de restitution du mandataire, doivent être restituées au mandant, sauf accord contraire de sa part. Le TF est d'avis qu'une information claire et complète sur les rétrocessions permet au client de prendre

conscience de ce conflit d'intérêts et, une fois dûment informé, d'accepter ou pas d'abandonner à la banque la rémunération ainsi perçue. Au niveau des gérants indépendants, le même devoir d'information élargi doit avoir cours. Sur le principe de l'obligation de l'information au client et celui de la nécessité de l'obtention de son accord pour pouvoir conserver les rémunérations perçues de tiers, l'arrêt d'octobre 2012 n'apporte pas de véritable changement pour les gérants indépendants.

Est-ce surprenant que le TF rejette le principe que ces rétrocessions représentent une rémunération pour l'activité de distribution de la part des instituts bancaires/sous-distribution dans le cas des gérants indépendants?

Le Tribunal fédéral considère en effet que la banque est déjà rémunérée par son client pour cette activité-là. La question est complexe et de très nombreux auteurs s'y sont penchés. Mais les avis divergent. Ce que l'on peut relever, c'est que le système de rémunération de la banque qui prévaut généralement dans les contrats de distribution est tel qu'il est effectivement fonction du nombre de parts d'un produit donné que la banque place dans le portefeuille de ses clients. Ce qu'il faut toutefois savoir, c'est que la banque effectue un vrai travail pour le compte du fonds ou du promoteur de produits structurés qui lui verse cette rémunération. On citera notamment - mais la liste est longue - la remise du matériel promotionnel du fonds, la délégation de mesures dans le cadre du blanchiment d'argent, la sélection d'investisseurs « éligibles » pour le fonds, etc. Pour cette raison, il est surprenant en effet que le TF n'ait pas pris cette réalité en considération. La banque n'effectue pas ce travail au bénéfice du client uniquement, mais en faveur du fonds ou du producteur de produits structurés. Ce sont donc ces services aussi qui sont couverts par la rémunération que la banque perçoit.





“ les banques... pourraient ne pas vouloir en supporter le coût financier seules lorsqu'elles ont reversé une partie des rétrocessions aux gérants indépendants. C'est probablement là qu'il faut voir l'impact immédiat pour les gérants indépendants. ”

■ ■ ■ **Le présent arrêt du TF peut-il avoir des conséquences sur les minima en matière d'information pour le gérant indépendant?**

Pas directement. Ce que l'on peut dire, c'est que la tendance se dessine très clairement. Le devoir d'information va aller en s'intensifiant. Pour le Tribunal fédéral, la chose est claire: le client doit connaître la situation de conflit d'intérêts potentiel dans laquelle se trouve le gérant lorsqu'il perçoit des commissions de tiers. Mais ce principe avait déjà été posé dans l'arrêt du 29 août 2011. Ce dernier arrêt précise par ailleurs les exigences en matière de devoir d'information du gérant indépendant dans le contexte des rétrocessions.

Y a-t-il un risque que le gérant puisse être poursuivi pour enrichissement illégal malgré le fait que son mandat de gestion mentionne clairement la rétrocession?

Pour enrichissement illégitime non, mais en restitution des rétrocessions toujours. Cela ne veut pas dire que le client aura gain de cause. Le gérant mettra toutes les chances de son côté et sera en principe protégé si la clause de son mandat de gestion relative aux rétrocessions est bien rédigée. Cette clause doit tenir compte des derniers développements de la jurisprudence, soit en particulier de l'arrêt du 29 août 2011 qui est un arrêt très important pour le gérant de fortune. Au-delà des paramètres de calcul des rétrocessions, le gérant de fortune doit pouvoir établir qu'il a communiqué au client un ordre de grandeur de ce que représentent les rétrocessions par rapport à la masse sous gestion. A ma connaissance, nombre de gérants indépendants ne le font pas de manière systématique et encore moins par écrit.

Au-delà de la problématique de la distribution des produits, le gérant pourrait-il être amené à informer/restituer également les commissions reçues de la part de la banque dépositaire de son client?

Oui, bien sûr. Si la clause relative aux rétrocessions n'est pas jugée suffisante par un tribunal, le risque porte sur tous les types de commissions perçues de tiers, y compris celles reçues de la banque dépositaire.

A partir du moment où le gérant perçoit une rémunération d'une partie tierce pour un produit

d'investissement, conserve-t-il l'appellation de gérant indépendant?

Vous posez là la question de l'indépendance du gérant. C'est une question qui va dépendre de la manière dont le gérant exerce son métier. Au sens juridique toutefois, la perception de rémunérations de producteurs de produits d'investissement ne modifie pas - en l'état du droit suisse - le statut du gérant indépendant.

La FINMA vient juste de publier une communication sur les rétrocessions (Communication FINMA 41 (2012) du 26 novembre 2012). Quelle est la teneur de cette communication et quelle va être son incidence sur les gérants externes?

Cette communication vise les banques au premier chef. Les gérants externes n'étant pas assujettis à la surveillance de la FINMA, cette dernière ne peut s'adresser à eux directement. Par cette communication, la FINMA exige des banques qu'elles prennent contact avec tous les clients potentiellement concernés par l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 octobre 2012 pour les informer de cette décision judiciaire et leur indiquer à quel service ils peuvent s'adresser pour obtenir des renseignements complémentaires au sujet de l'arrêt. La FINMA enjoint les banques à ensuite communiquer le montant des commissions perçues par elles à ceux des clients qui en font la demande. On comprend la suite logique de cette communication, même si elle n'est pas explicitement exprimée par la FINMA. Cette communication, dont la FINMA affirme qu'elle a pour base légale la garantie de l'activité irréprochable, me semble empiéter très clairement sur les rapports de droit privé entre la banque et le client, rapports par lesquels la FINMA a toujours clamé ne pas être concernée, à raison. Il est difficile de mesurer l'ampleur des conséquences de cette communication, car toutes les banques ne sont pas exposées de la même manière. Conséquences financières il y aura pour les banques, mais elles pourraient ne pas vouloir en supporter le coût financier seules lorsqu'elles ont reversé une partie des rétrocessions aux gérants indépendants. C'est probablement là qu'il faut voir l'impact immédiat pour les gérants indépendants. A terme, la FINMA a indiqué qu'elle réexaminerait sa Circulaire sur les Règles-Cadre pour «procéder aux modifications qui s'avèreraient nécessaires». Quelles que soient ces modifications, elles auront une incidence sur les gérants externes. ■

