LE TEMPS

gestion de fortune Lundi12 novembre 2012

L'étau se resserre sur les rétrocessions

Par Sébastien Dubas

L'étau se resserre sur les rétrocessions Le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt de principe le 30 octobre dernier. Sans l'accord «éclairé» des clients, les banques devront leur reverser certaines commissions

La pratique des rétrocessions vient de connaître un nouveau développement. Dans un arrêt de principe rendu le 30 octobre, le Tribunal fédéral a confirmé que les commissions perçues par les banques lorsqu'elles vendent des parts de fonds ou des produits structurés devaient être restituées aux clients. Sauf consentement valable de leur part.

Pour la plus haute instance juridique du pays, les rétrocessions engendrent un conflit d'intérêts. «La banque se trouve incitée à acquérir ou à accroître de sa propre initiative le stock d'un produit déterminé alors que l'opération ne se justifie peut-être pas au regard des intérêts du client», relève-t-elle. En effet, le gérant pourrait être tenté de proposer à ses clients un produit qui rapporte X francs en commissions plutôt qu'un autre qui n'en rapporte que la moitié.

Sans constituer une véritable surprise pour le monde de la finance, cet arrêt équivaut néanmoins à «un grand coup de pied dans la ruche», explique un connaisseur du secteur. Car les rétrocessions sont courantes dans la gestion de fortune. Des montants de l'ordre de plusieurs centaines de millions de francs pour le seul marché suisse sont évoqués dans les milieux concernés sans que l'on puisse toutefois disposer d'une estimation précise.

La pratique n'est toutefois pas interdite par la loi. Mais depuis quelques années, la justice suisse s'attelle à mieux l'encadrer pour que les clients en aient connaissance et qu'ils puissent, le cas échéant, obtenir la restitution des sommes en question. L'arrêt du 30 octobre a donc confirmé l'application de ces principes aux banques tout en précisant que cette «obligation de restituer, inhérente au contrat de mandat, s'étendait également aux commissions que la banque reçoit de sociétés qui lui sont liées au sein d'un groupe». Comme l'explique Fabien Aepli, avocat associé au sein du cabinet Eversheds à Genève, et dont l'une des publications sur la question a été citée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, il n'y a guère de raison de distinguer les formes de mandat: «Tant la gestion discrétionnaire que le conseil sont concernés, souligne ce spécialiste en droit bancaire. Les éléments déterminants étant l'existence d'un mandat et le risque de conflit d'intérêts.»

En 2006, le Tribunal fédéral avait déjà considéré que les rétrocessions perçues par les gérants indépendants devaient, en principe, être restituées aux clients. «Une décision qui avait beaucoup agité l'industrie», se souvient Frédérique Bensahel, associée chez FBT Avocats et spécialiste des questions bancaires. Mais l'arrêt de 2006 ne visait alors que les gérants de fortune indépendants.

Cela n'a pas empêché d'autres acteurs, qui reçoivent aussi des rétrocessions, de s'inquiéter. Notamment ceux qui s'occupent de la distribution des produits. La Swiss Fund Association (SFA), par exemple, a argumenté que les activités de distribution des banques n'étaient pas «intrinsèquement» liées au mandat de gestion mais uniquement reçues dans le cadre de l'exécution du mandat. Par conséquent, elles devaient revenir au distributeur pour ses services rendus.

Un avis qui avait été corroboré par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 13 janvier 2011. «Au contraire du gérant de fortune, celui qui agit comme distributeur ne perçoit pas de rétrocessions en raison de sa relation contractuelle avec le client final mais en rémunération des services rendus au promoteur du produit et en vertu du contrat de distribution», explique Frédérique Bensahel. Mais la jurisprudence a franchi un nouveau cap le 30 octobre dernier. «Et le Tribunal fédéral a confirmé que cet argument n'était pas suffisant pour refuser la restitution au client», observe Fabien Aepli.

La Finma, elle, n'a pas attendu cette décision de justice pour édicter des règles-cadres concernant les rétrocessions. Dès 2009, l'autorité de surveillance des marchés financiers a demandé que le mandat de gestion indique l'existence de rétrocessions et stipule clairement les tarifs par catégorie de produit. L'Association suisse des banquiers (ASB) et des associations professionnelles de gérants de fortune avaient alors suivi ces recommandations et appelé leurs membres à préciser explicitement dans le mandat de gestion le bénéficiaire d'éventuelles rétrocessions. Et, par la même occasion, à fournir aux clients des informations sur la méthode de calcul.

Aujourd'hui, avec le nouvel arrêt du Tribunal fédéral, tout le monde se retrouve logé à la même enseigne au regard de la jurisprudence, dès lors qu'un mandat de gestion est établi. Les associations faîtières se sont félicitées d'un renforcement de la transparence envers la clientèle. La SFA a toutefois tenu à préciser que «le Tribunal fédéral ne s'était pas exprimé sur des cas où les clients prennent la décision finale et pour lesquels le conseil du gestionnaire ou de la banque n'est pas rémunéré». Elle rappelle par ailleurs qu'elle soutient un régime de transparence maximale dans le cadre de la nouvelle loi sur les services financiers et qu'elle fera des propositions à cet égard.

De son côté, l'ASB a rappelé que les caractéristiques d'un contrat de gestion varient fortement d'un établissement à l'autre. «Ce jugement ne saurait par conséquent être pertinent que pour un nombre restreint de mandats de gestion de fortune à structure similaire, conclut l'association. Les possibilités d'application pour les autres devront être examinées individuellement.»

Enfin, l'Association suisse des gérants de fortune (ASG) s'est réjouie d'un arrêt qui encourage la concurrence entre les différents prestataires financiers. «A l'avenir, les banques devront communiquer de manière plus transparente les coûts totaux de la gestion de fortune à leurs clients, ce que les gérants de fortune font déjà aujourd'hui», assure l'organisme d'autorégulation. Un devoir d'information, en somme, sans lequel la renonciation par le client aux rétrocessions ne pourra être considérée comme étant valable.

«Toutefois, rappelle l'avocate Frédérique Bensahel, des clauses contractuelles qui comporteront une information élargie et le consentement éclairé du client permettront toujours au gérant – banque ou gérant indépendant – de conserver les rétrocessions perçues.» Selon des professionnels du secteur, les clients qui renonceraient volontairement aux rétrocessions pourraient ainsi se voir offrir des frais d'honoraires moins élevés. Un avis partagé par l'agence de notation Fitch dans un communiqué publié vendredi: «Pour compenser le manque à gagner, nous nous attendons à ce que les banques ajustent leurs frais de gestion afin de maintenir leurs marges brutes aux mêmes niveaux qu'actuellement, soit entre 90 et 110 points de base des actifs sous-gestion».

LE TEMPS **© 2012 Le Temps SA**