



THOMAS GOOSSENS, ASSOCIÉ,
BENOÎT DORMOND, AVOCAT, BCCC AVOCATS SÀRL

Les rétrocessions bientôt prohibées en droit suisse?

Face à la crainte d'une baisse généralisée des marges dans le secteur financier, la viabilité d'un modèle d'affaires fondé en grande partie sur des rétrocessions demeure un sujet d'inquiétudes important pour les acteurs du marché. Un bref rappel historique s'impose. Dans son arrêt de principe du 22 mars 2006, le Tribunal fédéral a considéré que les prestations reçues de tiers par un gérant de fortune en lien avec l'exécution d'un mandat de fortune devaient en principe être restituées au client (ATF 132 III 460). Selon la Haute Cour, un gérant de fortune demeure néanmoins autorisé à conserver ces rétrocessions à la condition que le client renonce expressément à leur restitution, moyennant une information préalable, complète et véridique portant sur leurs modalités de calcul. Dans un arrêt du 29 août 2011 (ATF 137 III 393), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le client devait disposer d'informations sur les paramètres de calcul et leur ordre de grandeur. C'est d'ailleurs également l'approche retenue par la FINMA dans sa circulaire 2009/1 sur les règles-cadres pour la gestion de fortune. À noter que la Haute Cour a également utilisé une notion bien connue de la réglementation MiFID en faisant obligation au gérant de fortune d'attirer spécifiquement l'attention de clients inexpérimentés sur les possibles conflits d'intérêts que ce type de rémunération pouvait engendrer. Tout ceci semble assez clair, du moins en apparence. En effet, une problématique juridique récurrente concerne le traitement à accorder aux commissions d'état versées par les émetteurs de produits financiers à des distributeurs en contre-

partie de leurs activités de distribution. Dans un arrêt pénal du 13 janvier 2011 (6B_223/2010), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'elles n'ont en principe pas à être restituées au client dès lors qu'elles ne sont pas perçues «du chef» de la relation du distributeur avec le client final. Or, l'Obergericht zurichois a récemment rendu un arrêt qui relance le débat pour les distributeurs de produits financiers, bien que déboutant au final le client d'une grande partie de sa demande. Le cas concernait un client réclamant de sa banque, liée à lui par un mandat de gestion discrétionnaire, la restitution de la rémunération qu'elle avait perçue de la part de fonds de placement. La banque s'y est opposée, arguant qu'il s'agissait de pures commissions d'État. L'Obergericht zurichois a cependant vu dans les modalités de rémunération de la banque, lesquelles dépendaient étroitement du volume de produits distribués, un indice déterminant en faveur de leur qualification comme rétrocession, en principe sujette à restitution. L'Obergericht zurichois a toutefois retenu que des promoteurs des fonds (tout comme des émetteurs de produits financiers) appartenant au même groupe financier que la banque ne sauraient être qualifiés de «tiers» et que toute rémunération perçue de leur part n'est pas sujette à restitution dès lors qu'elle ne constitue pas un enrichissement sur une base consolidée. Bien qu'une confirmation de cet arrêt par le Tribunal fédéral soit sans doute nécessaire pour lui conférer une portée plus large encore, il n'en constitue pas moins un nouvel écueil pour les

distributeurs de produits financiers, sans liens de groupe avec les émetteurs ou les promoteurs de fonds, mais néanmoins liés à leurs clients par un rapport de mandat. Est-ce à dire que toute rétrocession risque d'être bientôt purement et simplement prohibée dans le monde du conseil et de la gestion de fortune? C'est en tous cas la voie d'ores et déjà choisie par certains Etats européens ainsi que par le projet de directive MiFID révisée (MiFID II). En Suisse, la FINMA défend notamment un régime dans lequel les prestataires de services financiers devraient être tenus d'informer leurs clients des rémunérations perçues de tiers pour la distribution des produits ou des avantages accordés à leurs employés pour la distribution de produits financiers, sans aller jusqu'à les interdire (Vertriebsbericht 2012). Elle est également d'avis que les prestataires ne devraient pouvoir se dire «indépendants» que s'ils agissent sans aucune incitation de la part de tiers et sans leur être liés d'une autre manière, par exemple par des engagements contractuels ou relevant du droit des sociétés. À la suite de ce rapport, le Département fédéral des finances a récemment reçu mandat du Conseil fédéral d'élaborer les bases légales requises pour améliorer la protection de la clientèle dans le cadre de la distribution des produits financiers. Nul doute que celles-ci couvriront également la problématique des rétrocessions. Seront-elles purement et simplement interdites, comme semble vouloir le prévoir le législateur européen ou resteront-elles autorisées et, si oui, à quelles conditions? Les paris sont ouverts.