

Communication FINMA 41 (2012) – 26 Novembre 2012

Rétrocessions – mesures prudentielles

Banques

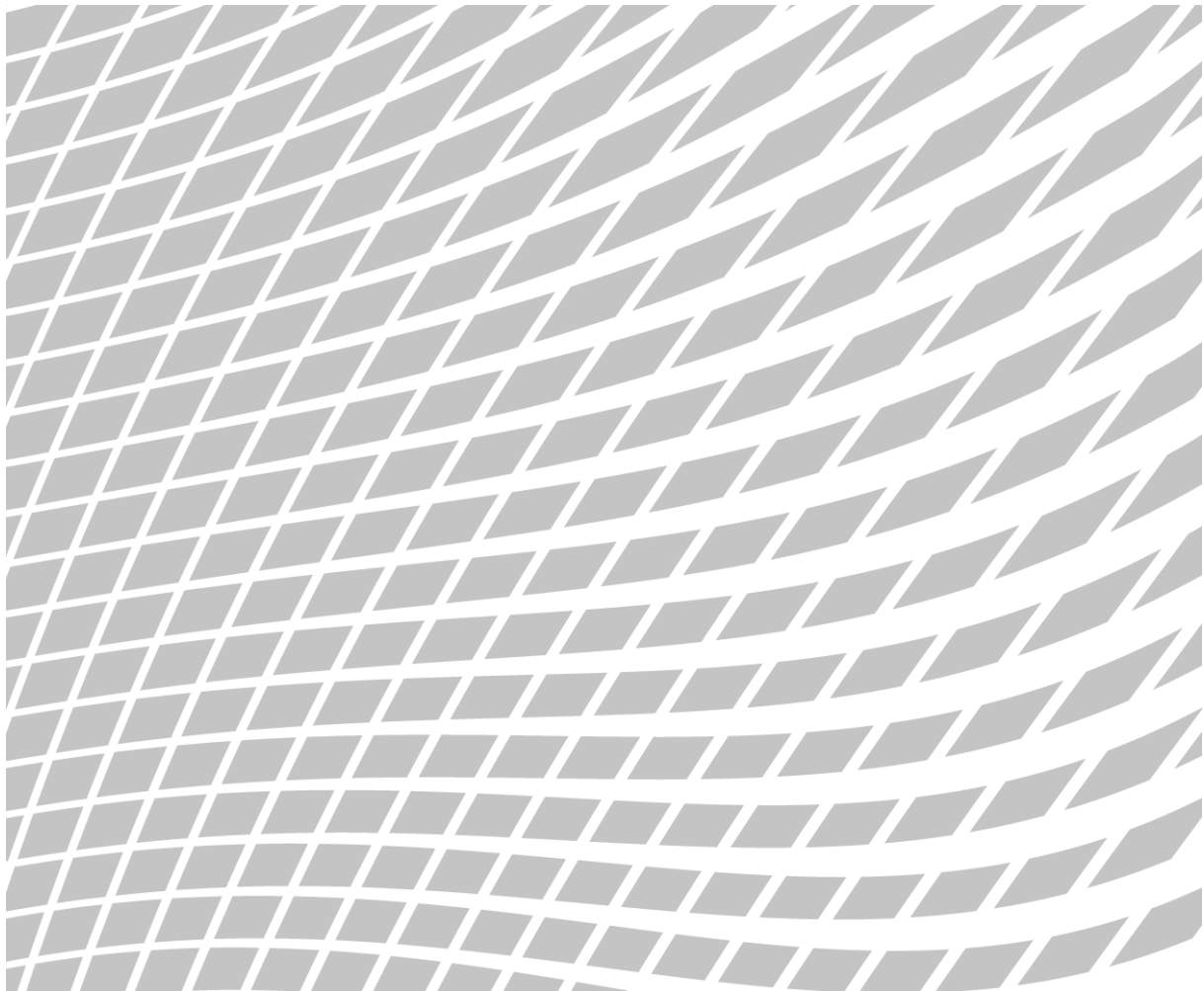


Table des matières

1	Introduction	3
2	Principaux aspects de l'arrêt du Tribunal fédéral	3
3	Exécution du droit dans le cadre de prétentions civiles de clients	4
4	Mesures de la FINMA relevant du droit de la surveillance	5

1 Introduction

Les commissions d'état perçues par les banques agissant en qualité de gérant de fortune appartiennent au client. Ainsi en a décidé le Tribunal fédéral le 30 octobre 2012 dans un arrêt de principe. En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA n'est compétente ni pour apprécier les prétentions civiles émises dans le cadre des rapports entre les assujettis et leurs clients, ni pour appliquer le droit en la matière. Néanmoins, elle demande aux banques de prendre des mesures appropriées au regard du droit de la surveillance.

Les banques opèrent souvent dans le cadre d'un double rapport contractuel. D'une part, elles gèrent pour leurs clients des dépôts de titres contenant différents produits de placement sur la base de contrats de gestion de fortune. D'autre part, elles sont liées aux prestataires de placements collectifs et de produits structurés par des contrats de distribution, en vertu desquels ces prestataires leur délèguent la commercialisation de leurs produits. A ce titre, elles reçoivent des commissions dites d'état, qui sont une composante de la commission de gestion (*management fee*). Ces commissions sont versées aux banques en contrepartie de la détention des fonds gérés dans les portefeuilles de placement des clients, et non de l'exécution d'une transaction.

Aux termes de l'art. 400 al. 1 CO, le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre compte de sa gestion à tout moment et de lui restituer toutes les valeurs patrimoniales reçues de tiers qui sont étroitement liées à l'exécution du mandat. L'ancienne jurisprudence admettait déjà que le devoir de restitution s'appliquait aux rétrocessions de tiers acquises par le gérant de fortune externe (ATF 132 III 460 et 137 III 393). Un point restait toutefois à clarifier quant à savoir si les commissions d'état devaient être qualifiées de rétrocessions et, partant, être restituées au client. Par ailleurs, l'obligation de restitution des rétrocessions obtenues de sociétés de groupe restait, elle aussi, ouverte.

La Cour de droit civil du Tribunal fédéral a répondu à ces deux questions par l'affirmative dans un arrêt rendu récemment (arrêt 4A_127/2012 du 30 octobre 2012). En outre, le Tribunal fédéral a conclu que les principes d'obligation de restitution des rétrocessions, développés dans le cadre de la jurisprudence, devaient également s'appliquer aux banques agissant comme gérant de fortune pour leurs clients, dans la mesure où celles-ci perçoivent des commissions d'état en rémunération de l'acquisition de fonds de placement et de produits structurés pour le compte de leurs clients.

Dans la présente communication, la FINMA récapitule les exigences prudentielles découlant de la décision du Tribunal fédéral pour les assujettis.

2 Principaux aspects de l'arrêt du Tribunal fédéral

L'arrêt du Tribunal fédéral repose sur les faits suivants: en vertu d'un contrat de gestion de fortune conclu entre la banque et son client – la partie plaignante –, la banque gérait le portefeuille de titres de ce client contre rémunération et investissait la majeure partie des actifs du client dans des fonds de placement et des produits structurés. Par ailleurs, elle assurait la commercialisation de parts de fonds

aussi bien pour le compte de prestataires externes au groupe que pour des sociétés liées au sein du groupe. En contrepartie de la distribution des fonds, la banque percevait une commission d'état, c'est-à-dire une partie de la commission de gestion imputée à la fortune du fonds, périodiquement prélevée par la direction de fonds.

Cet arrêt permet de dégager les principes importants suivants quant aux rapports entre les banques qui agissent en tant que gérant de fortune et leurs clients:

- les commissions d'état reçues de tiers appartiennent au client dans la mesure où celles-ci sont en lien étroit avec le contrat de gestion de fortune;
- un lien étroit est réputé exister dès lors que les rémunérations reçues de tiers risquent d'inciter le mandataire à tenir insuffisamment compte des intérêts du client;
- le devoir de restitution s'applique également aux rémunérations reçues au sein du groupe;
- le client peut renoncer à la restitution des commissions au moyen d'une déclaration *ad hoc* dans la mesure où les principes développés par la jurisprudence antérieure sont respectés.

Le fait de pouvoir considérer ou non la rémunération obtenue par le distributeur comme indemnité des frais supportés dans le cadre de l'activité concrète de distribution, et son éventuelle exemption du devoir de restitution, n'est pas examiné de manière approfondie par le Tribunal fédéral dans son arrêt. En outre, pour des raisons de procédure, l'arrêt ne contient pas de considérations sur la prise en compte de frais éventuels que la banque pourrait invoquer pour prétendre à un dédommagement.

L'arrêt ne fait pas mention des mandats de conseil qui sont, en principe, également soumis au droit des mandats. La question de l'application du devoir de restitution aux relations de type *execution only* reste explicitement ouverte.

3 Exécution du droit dans le cadre de prétentions civiles de clients

En l'état actuel des connaissances, il est probable que les clients de banques soient nombreux à être concernés par l'arrêt du Tribunal fédéral. Cet arrêt aura également des conséquences pour un grand nombre de banques ayant reçu des rétrocessions de tiers (ou de sociétés de groupe), en relation avec leur activité de gestion de fortune. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le contrat de gestion de fortune entre la banque et le client doit être qualifié de mandat (art. 394 ss CO). Par conséquent, les prétentions en restitution des commissions d'état doivent être émises dans le cadre d'actions civiles, tout comme leur mise en application éventuelle.

4 Mesures de la FINMA relevant du droit de la surveillance

En tant qu'autorité de surveillance, la FINMA n'est pas compétente pour apprécier et exécuter les prétentions civiles émises dans le cadre des rapports entre les assujettis et leurs clients. Cependant, l'exigence prudentielle de la garantie d'une activité irréprochable, à laquelle les assujettis doivent satisfaire, passe par le respect rigoureux des obligations civiles déterminantes. Cela signifie que les banques doivent être organisées et gérées de manière à pouvoir assumer leurs obligations contractuelles à tout moment.

Par conséquent, la FINMA exige que les banques concernées prennent les mesures suivantes:

- elles doivent tenir compte immédiatement de la décision du Tribunal fédéral dans le cadre de leurs activités courantes;
- afin d'assurer la transparence nécessaire, les banques doivent prendre contact avec tous les clients potentiellement concernés par l'arrêt pour les informer de la décision du Tribunal;
- dans le cadre de cette prise de contact, les banques sont tenues d'indiquer aux clients à quel service ils peuvent s'adresser, au sein de la banque, pour obtenir des renseignements complémentaires à ce sujet;
- par la suite, le montant des commissions perçues par la banque doit être communiqué aux clients qui en font la demande.

La FINMA assurera, dans le cadre de la surveillance ordinaire, le contrôle et la surveillance des mesures prises et planifiées par les banques. Par ailleurs, la FINMA procède au réexamen de la Circ. FINMA 09/1 (règles-cadres pour la gestion de fortune) afin de procéder aux modifications qui s'avéreraient nécessaires.