

Rétrocessions: un besoin de concertation

Par Yvan Mermod

Certains établissements financiers devront revoir leur modèle d'affaires.

Par Yvan Mermod, Partner, KPMG Financial Service et Yvar Mentha, Partner BRP, Bizzozero & Partners

Le 26 octobre 2012, le Tribunal fédéral a rendu une décision majeure sur la question du devoir de restitution aux clients des rétrocessions encaissées par les banques dans le cadre de leurs mandats de distributeurs de produits financiers émis par des tiers. Cette décision, longtemps attendue et redoutée par le secteur financier, a depuis lors déclenché un torrent médiatique d'articles sur le sujet, qu'il s'agisse du bien-fondé de la décision, de l'attitude des banques face aux demandes de clients ou des controverses entre professeurs de droit sur les nombreuses questions techniques qui ne sont pas abordées ou pas tranchées de manière suffisamment explicite dans l'arrêt UBS, telle que la question, de la durée et du point de départ de la prescription applicable aux prétentions des clients.

Il est dès lors important de relever certains sujets de principe mis en lumière par cette décision de notre Cour suprême. D'abord, la différence fondamentale en termes de rétroactivité entre la loi à laquelle, bonne ou mauvaise, on peut se préparer pour le futur et la jurisprudence des tribunaux qui déploie ses effets pour le passé. Qui plus est, la jurisprudence est fluctuante et bénéficie d'un caractère aléatoire étant influencée par les circonstances de chaque cas d'espèce, ce qu'illustre le revirement du Tribunal fédéral sur la question du devoir de restitution des rétrocessions encaissées par des banques entre l'arrêt de la cour pénale du Tribunal fédéral de début 2011 et l'arrêt UBS de fin octobre 2012.

Ensuite, la difficulté pour le secteur financier, comme d'ailleurs pour les autorités de surveillance, de se positionner entre les exigences complémentaires, mais parfois aussi contradictoires du droit privé et du droit de la surveillance. Une des questions non résolues par l'arrêt UBS qui porte sur une situation de fait relativement ancienne (avant 2006) sera de savoir si les établissements financiers qui se sont conformés de bonne foi aux exigences de la Circulaire Finma 2009/1 en matière de transparence et d'informations dans le cadre de clauses de renonciation au droit à la restitution verront leurs droits protégés dans le cadre de demandes de clients ou si, dans une éventuelle jurisprudence future, le Tribunal fédéral considérera que ces exigences étaient insuffisantes et donc non valables au regard du droit du mandat.

Sur un plan plus moral, si tant est qu'on puisse s'aventurer sur ce terrain glissant sur des questions de rémunération du secteur financier, il est essentiel de relever que la décision du Tribunal fédéral ne porte pas sur le caractère approprié de la rémunération de l'établissement financier, mais sur sa construction et le niveau adéquat de transparence vis-à-vis du client. Un établissement financier qui aura prélevé une commission de gestion élevée mais n'aura pas touché de rétrocessions sur des produits financiers est dans une situation confortable pour le passé et pour le présent, alors qu'un établissement qui offrait des prestations identiques avec une commission de gestion faible et une composante élevée de rétrocessions est à risque pour le passé et doit revoir son modèle d'affaires pour le futur. La question de savoir si les clients sortiront effectivement gagnants de ces changements

1
sur le plan économique demeure ouverte.

Au-delà des rétrocessions, c'est la question centrale de la portée et des implications pratiques du devoir de loyauté du gérant de fortune qui seront au cœur des débats. Sans règles de conduite raisonnables élaborées en bonne intelligence par toutes les parties, les acteurs en seront réduits à essayer d'anticiper la prochaine jurisprudence du Tribunal fédéral, forcément aussi imprévisible que les précédentes.

LE TEMPS © 2013 Le Temps SA