

LE TEMPS

L'invité Vendredi 23 mars 2012

Les banques dans le collimateur de la justice

Par Philippe Jacquemoud*

Les banques dans le collimateur de la justice Le Tribunal d'appel (Obergericht) du canton de Zurich a rendu un arrêt très attendu en matière de rétrocessions payées à une banque par des fonds de placements et des maisons d'émission de produits structurés. La «NZZ» du 12 février 2012 nous apprend que cette décision concerne l'UBS

*LL.M., avocat, Homburger AG

Le Tribunal d'appel (Obergericht) du canton de Zurich a rendu un arrêt très attendu en matière de rétrocessions payées à une banque par des fonds de placements et des maisons d'émission de produits structurés. La NZZ du 12 février 2012 nous apprend que cette décision concerne l'UBS.

Une fois n'est pas coutume, les faits soumis au tribunal étaient clairs et apparemment incontestés. Le père du demandeur détenait depuis 1988 un compte de titres d'une valeur d'approximativement 6 millions de francs auprès d'une grosse banque de la place zurichoise. Après sa mort en 2006, les valeurs en dépôt sont passées au demandeur, à sa mère et à sa sœur. Les comptes du père et des héritiers étaient gérés par la banque conformément à un mandat de gestion; la banque décidant de la gestion du compte sans consultation préalable du client.

Lors d'une séance avec la banque en octobre 2007, le demandeur a fait part à la banque de son point de vue selon lequel la banque devrait lui reverser les commissions qu'elle aurait perçues de tiers dans le cadre de la gestion du compte de son père. Devant le tribunal, le demandeur visait aussi à ce que la banque lui divulgue le montant des commissions payées afin qu'il pût chiffrer l'étendue de sa demande. Un petit rappel des problèmes liés aux rétrocessions nous permettra de mieux comprendre les enjeux de l'arrêt discuté.

Un gestionnaire investit l'argent des clients dans divers produits. Des commissions de gestion et de courtage sont chargées au client dans le cadre de cette gestion. En plus de ces commissions, il arrive que le gestionnaire perçoive une rémunération des fournisseurs de produits financiers, qui dépend du nombre de produits placés chez les clients. Les gestionnaires justifient cette rémunération, appelée rétrocession dans le jargon, par le fait qu'ils déploient une activité de distributeur de ces produits. Le gestionnaire rendrait un service au fournisseur de produits financiers et recevrait en conséquence une rémunération. Il convient déjà d'attirer l'attention du lecteur sur le conflit d'intérêts lié à cette relation tripartite. Le risque existe que le gestionnaire place certains produits plus que d'autres dans les portefeuilles des clients afin de toucher la rétrocession la plus élevée.

Dans un arrêt de 2006 (ATF 132 III 460), le Tribunal fédéral a décidé que cette rémunération payée par le fournisseur de produits financiers au gestionnaire appartenait au client à moins que celui-ci n'y ait renoncé. Cette décision concernait un gestionnaire indépendant et non une banque comme dans le cas tranché par le Tribunal d'appel de Zurich. Dans le cas du gestionnaire indépendant, la rétrocession pouvait difficilement être justifiée par de véritables prestations de distribution puisqu'il n'offrait pas

de véritables services aux fournisseurs de produits financiers, mais recevait dans les faits une rétrocession pour son activité de gestion, qui était déjà rémunérée par la commission de gestion. Lorsqu'une banque agit comme gestionnaire du compte, la question est plus ardue, car les banques offrent toute une série de prestations aux fonds de placement ou maisons d'émission de produits structurés qu'elles distribuent à leurs clients. C'est, aux yeux des banques, ces prestations qui justifient que la rétrocession appartient à la banque et non au client, car elle serait perçue en dehors des activités accomplies dans le cadre de la gestion du compte. En d'autres termes, il manquerait un lien étroit entre la rétrocession et le mandat de gestion.

Selon le Tribunal d'appel du canton de Zurich, le fait que les commissions soient fixées en fonction du volume de produits financiers placés dans les portefeuilles des clients est un indice fort montrant que le paiement de la commission est en lien étroit avec le mandat de gestion. Dans la procédure, la banque, certainement sciemment, n'a pas dévoilé quelles activités avaient précisément été accomplies pour les fournisseurs de produits financiers. Par conséquent, le Tribunal d'appel n'était pas en mesure de juger si la rétrocession représentait une rémunération adéquate par rapport aux services rendus. L'activité de distributeur effectuée par la banque ne devrait pas la conduire à s'enrichir potentiellement au détriment des clients. Le Tribunal d'appel ne s'est pas déterminé sur le sort de cette rétrocession lorsque la banque exécute des ordres des clients sans mandat de gestion (execution only).

Comme indice supplémentaire de lien étroit entre le mandat de gestion et la rétrocession, le Tribunal d'appel a évoqué le potentiel conflit d'intérêts créé par la méthode de calcul de la rétrocession qui dépendait du volume de produits placés dans les portefeuilles des clients. Cette méthode pourrait inciter la banque à privilégier ses intérêts à ceux des clients. De l'avis du Tribunal d'appel, cela suffit pour l'existence d'un lien étroit.

Comme évoqué plus haut, même si la rétrocession appartient au client, le gestionnaire peut la garder si le client y a renoncé. Pour être valable, comme le rappelle le Tribunal d'appel du canton de Zurich confirmant la récente jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 III 393), la renonciation doit être le fait d'un client ayant été informé de manière complète et conforme à la vérité sur l'étendue des rétrocessions passées et futures et la volonté de renoncer aux rétrocessions payées dans le cadre du mandat doit être clairement établie. Dans le cas du demandeur, le Tribunal d'appel du canton de Zurich a jugé que les conditions n'étaient pas remplies car ni les prospectus des fonds ni le contrat de mandat ne remplissaient ces exigences.

Sur une note plus positive pour les banques, le Tribunal d'appel a conclu que les rémunérations payées par des fournisseurs de produits financiers appartenant à la même banque n'équivalaient pas à des rétrocessions appartenant au client car elles n'étaient pas payées par un tiers par rapport à la banque.

Si cette jurisprudence cantonale est confirmée par le Tribunal fédéral, elle obligerait toutes les banques à redoubler de vigilance quant à la question épineuse de la renonciation aux rétrocessions. Cette option est mise en danger par la dernière prise de position de la Finma sur la distribution de produits financiers. En effet, la Finma propose que la loi soit modifiée pour interdire aux prestataires de services financiers de se déclarer indépendants vis-à-vis des clients lorsqu'ils perçoivent des rétrocessions.