

*Extrait du Rapport annuel 2013*

## **Rétrocessions**

### **Situation initiale**

Au cours de l'exercice sous revue, de nombreuses requêtes et réclamations concernant les rétrocessions ont été soumises à l'Ombudsman. Ses services ont ainsi reçu quelque 150 requêtes par téléphone et près de 200 requêtes par correspondance où les clients demandaient soit des conseils, soit une intervention de soutien auprès de la banque. Presque tous les requérants se référaient expressément à un arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral le 30 octobre 2012, ainsi qu'à des informations y afférentes diffusées dans les médias.

De fait, la publication de cet arrêt de principe par le Tribunal fédéral a eu et continue d'avoir un fort retentissement médiatique. Le contenu et l'impact de l'arrêt ont été présentés de manière contrastée selon les médias et ont fait l'objet de controverses publiques entre représentants d'intérêts et juristes. Toutefois, à y regarder de plus près, beaucoup de ces prises de position ne sont que des avis personnels et des postulats qui ne reflètent pas les termes de l'arrêt du Tribunal fédéral. Les questions suivantes constituent en particulier des points d'achoppement:

- En dehors des mandats généraux de gestion de fortune et notamment dans le cadre de relations de conseil, voire de simples relations de compte/dépôt sans prestations de conseil, les banques ont-elles l'obligation de restituer les commissions dites «d'état», c'est-à-dire les indemnités de distribution liées aux résultats?
- Quelles sont les conditions requises pour que la renonciation anticipée du client à la restitution de ces rémunérations soit valable?
- Quel est le délai de prescription du droit à restitution du client et quand commence-t-il à courir?

De l'avis de l'Ombudsman, le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 30 octobre 2012, a statué sans équivoque que les clients ayant conclu un contrat de gestion de fortune ont envers la banque un droit à l'information et à la restitution des commissions d'état, droit qui relève du droit du mandat. Par ailleurs, il confirme dans ce même arrêt qu'il est possible pour ces clients de renoncer valablement par anticipation à la restitution des commissions d'état. Il renvoie ainsi dans un premier temps à un arrêt antérieur où il avait statué que, pour que la renonciation soit valable, le client de gestion de fortune devait connaître les paramètres permettant de calculer le montant total des commissions d'état et d'effectuer une comparaison avec les honoraires de gestion de fortune convenus. Il précise ensuite que cette exigence relative à la renonciation anticipée est remplie dès lors que le montant des commissions d'état attendues est indiqué sous la forme d'une fourchette en pourcentages de la fortune sous gestion.

## **Des points de repère grâce à la publication d'une notice**

Dans ces circonstances, l'Ombudsman a reçu dans un premier temps quantité de requêtes et de réclamations qui ont abouti à des réponses négatives pour les clients ou à des tentatives de médiation infructueuses. Cela s'expliquait pour l'essentiel par deux raisons: d'une part, avec la mise à disposition de courriers types, les clients étaient incités à exiger de leur banque la communication et la restitution des commissions, mais ce de manière parfois très sommaire; et, d'autre part, il s'est avéré que sur les questions juridiques abstraites et non encore tranchées par l'instance judiciaire suprême, les banques concernées adoptaient par principe la position la plus avantageuse pour elles et n'étaient pas disposées à faire des compromis.

Afin de dépassionner le débat, mais aussi de proposer des points de repère aux clients concernés et de leur éviter le cas échéant des démarches et des frais inutiles, l'Ombudsman a élaboré une notice intitulée «Rétrocessions: quand puis-je m'adresser à l'Ombudsman des banques suisses?». Ce document, qui a été mis en ligne sur le site Internet de l'Ombudsman et a suscité de nombreux échos, s'ouvre par une brève synthèse objective des conclusions de l'arrêt principal rendu par le Tribunal fédéral. Ensuite, l'Ombudsman précise de manière détaillée les questions qui, selon lui, ont été tranchées ou non par l'instance judiciaire suprême, avant d'indiquer dans quelles situations une tentative de médiation est susceptible d'aboutir et est donc pertinente.

## **Examen de l'existence d'une situation de cas en série**

A partir de la mi-novembre 2012, les requêtes de clients demandant de l'aide pour faire valoir leurs droits à l'information et à la restitution concernant les commissions d'état se sont multipliées: l'Ombudsman a donc jugé opportun d'envisager de traiter ces cas dans le cadre des dispositions sur les cas en série, prévues par les Règles de procédure entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013.

Divers examens effectués en ce sens ont toutefois révélé que les situations soumises à l'Ombudsman différaient à la fois selon les banques et, dans certaines banques, selon le segment de clientèle concerné. Ainsi, dans le sillage de la publication du premier arrêt principal sur les rétrocessions, rendu par le Tribunal fédéral le 22 mars 2006, presque toutes les banques semblent avoir pris des mesures pour mieux informer les clients sur ces versements et pour préciser plus clairement à qui ils reviennent.

Mais manifestement, les modalités de ces mesures ainsi que le calendrier de leur mise en œuvre sont très variables. Selon la règle sur laquelle on se base en matière de prescription, ces aspects peuvent revêtir une importance cruciale. Ainsi, une banque qui a conclu en 2007 de nouveaux contrats avec tous ses clients de gestion de fortune et y a intégré une renonciation anticipée valable au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral peut argumenter aujourd'hui que toutes les prétentions en restitution des commissions d'état formulées par ces clients sont prescrites; en revanche, une banque qui a attendu 2010 pour appliquer la même mesure ne peut faire valoir cet argument. Et la situation est encore différente dans le cas d'une banque qui s'est contentée de faire signer les contrats révisés aux nouveaux clients et aux anciens clients pour lesquels un changement de situation l'imposait, ou dans le cas d'une banque qui a utilisé des contrats différents selon les segments de clientèle.

Compte tenu des règles de procédure désormais applicables aux cas en série, l'Ombudsman a eu des entretiens et des échanges de correspondance avec différentes banques, afin de cerner la situation dans ces établissements et d'apprécier s'il était opportun de traiter certains cas en série. Au vu des différences constatées entre les situations, ainsi que du nombre relativement réduit de cas par établissement bancaire, il a finalement conclu qu'il ne s'agissait pas de cas en série.

### **Pratique de l'Ombudsman**

Les problématiques soumises à l'Ombudsman, ainsi que les appréciations et les approches de ce dernier, peuvent se résumer comme suit:

**Conditions préalables à l'existence des droits à l'information et à la restitution:** Selon le Tribunal fédéral, le client peut faire valoir ces droits si des commissions d'état ont été perçues par la banque en relation avec un mandat de gestion de fortune, qu'il n'y a pas eu de renonciation valable de la part du client et qu'il n'y a pas prescription.

**Droits en dehors d'un mandat de gestion de fortune** (p. ex. en cas de conseil en placement, relation de compte/dépôt sans conseil, assurances-vie et produits de prévoyance ou conventions de prévoyance des deuxième et troisième piliers liés à des fonds): dans son arrêt de principe du 30 octobre 2012, le Tribunal fédéral a justifié l'existence d'un lien intrinsèque entre les commissions d'état encaissées par la banque et le contrat de gestion de fortune existant avec le client par le fait qu'en cas de mandat de gestion de fortune, contrairement à ce qui se passe dans d'autres relations contractuelles, il existe une obligation générale de la banque de préserver les intérêts du client. A titre subsidiaire, il a statué explicitement qu'il ne s'agissait pas de se prononcer sur l'obligation de restitution dans le cadre d'autres relations contractuelles. Les banques n'étant pas disposées à faire des compromis en la matière, l'Ombudsman indique aux clients requérants que l'on est en présence d'une question juridique non tranchée par l'instance judiciaire suprême et leur recommande de recourir aux voies de droit.

**Prescription des droits à restitution:** le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir dans quel délai un droit à restitution de commissions d'état se prescrit et quand ce délai commence à courir. Cette question est donc à considérer comme litigieuse et fait actuellement l'objet de vives controverses entre représentants d'intérêts et juristes. La perception de l'Ombudsman est que les banques s'en tiennent strictement à l'opinion selon laquelle le délai de prescription est de cinq ans et commence à courir à réception du versement concerné par la banque: dès lors, il indique aux clients requérants que l'on est en présence d'une question juridique non tranchée par l'instance judiciaire suprême et, toute tentative de médiation étant selon lui vouée à l'échec, il leur recommande de recourir aux voies de droit.

**Etendue temporelle et matérielle du droit à l'information:** selon l'Ombudsman, l'obligation de rendre compte vise à permettre au mandant d'exercer un contrôle sur la gestion du mandataire. Elle porte donc en principe sur les dix dernières années, mais trouve ses limites dans le principe de la bonne foi. L'Ombudsman a observé que la plupart des banques communiquent aux clients qui en font la demande, s'ils insistent, les montants annuels bruts des commissions d'état encaissées sur les dix dernières années. Si l'étendue des informations fournies est moindre, que ce soit en termes de montant ou de durée, l'Ombudsman intervient auprès de la banque.

**Remboursement des avances et frais de la banque:** selon l'Ombudsman, les avances et frais du mandataire doivent lui être remboursés par le mandant conformément aux principes du droit du mandat et sur la base du droit au remboursement des avances et frais (art. 402 al. 1 CO), pour autant qu'ils ne soient pas déjà couverts par les honoraires versés au titre du mandat.

L'Ombudsman considère que, même dans les cas où ce n'est pas explicitement stipulé dans un contrat de gestion de fortune, tous les frais liés à l'activité de gestion de fortune sont réputés couverts par les honoraires du mandat ou la commission de gestion de fortune en vertu des usages commerciaux et de la bonne foi. Il en va de même des frais liés à la reddition des comptes, laquelle doit intervenir dans le cadre du principe de proportionnalité. Si la banque cherche à imposer au client la compensation de ces frais avec les commissions d'état à restituer, l'Ombudsman intervient auprès d'elle.

**Rémunération des commissions d'état à restituer au client:** selon l'Ombudsman, l'obligation de restitution s'impose et doit être honorée dès l'acquisition des valeurs patrimoniales concernées par le mandataire. Conformément aux dispositions expresses de l'art. 400 al. 2 CO, le mandataire doit l'intérêt des sommes concernées pour tout retard de versement et sans rappel. Le taux d'intérêt est de 5 % par an, conformément à l'art. 104 al. 1 CO. Si le client se voit refuser les intérêts qu'il demande sur des commissions d'état à restituer, l'Ombudsman intervient auprès de la banque.

## Résultats

Sur les quelque 200 requêtes et réclamations par correspondance reçues par l'Ombudsman au cours de l'exercice sous revue, une soixantaine portaient sur des relations d'affaires dans le cadre desquelles le client n'avait pas donné de mandat de gestion de fortune à sa banque. Ces clients ont reçu de l'Ombudsman un avis dûment motivé selon lequel les conditions requises pour mener une procédure de médiation n'étaient pas remplies faute d'utilité à agir.

Dans 15 autres cas, on a dû renoncer à mener une procédure de médiation soit pour cause de défaut de compétence, soit parce que le client n'avait pas transmis les pièces requises ou avait manifesté d'une autre manière son désintérêt à donner suite à sa requête.

Dans une trentaine de cas, les clients ont demandé une simple appréciation à l'Ombudsman ou lui ont fait savoir a posteriori qu'après avoir contacté la banque directement, ils avaient abouti à une solution satisfaisante pour eux.

Pour 68 des 85 requêtes transmises par correspondance où les clients ont demandé à l'Ombudsman d'intervenir auprès de la banque et où celui-ci a jugé que les conditions pour le faire étaient remplies, c'est-à-dire dans 80 % de ces cas, l'intervention de l'Ombudsman a eu pour effet de faire plier la banque, de sorte que la demande du client a été entièrement satisfaite ou qu'une transaction a permis de régler le litige. Dans huit cas, l'issue de la procédure était encore incertaine à la clôture de l'exercice sous revue.

S'agissant des quelque 150 clients qui ont choisi de s'adresser à l'instance de médiation par téléphone, l'Ombudsman ou l'un de ses adjoints a procédé dans le cadre de l'entretien à une analyse des circonstances conditionnant un éventuel droit à l'information ou à la restitution. Par ailleurs, il a évoqué avec ces clients les démarches que, le cas échéant, ils pouvaient entreprendre.

Dans leur grande majorité, les clients ont réagi très positivement à ces entretiens. Beaucoup d'entre eux ont notamment indiqué que les informations reçues les avaient aidés à y voir plus clair dans ces questions complexes, objets de controverses publiques. A l'issue de l'entretien, ils s'étaient ainsi sentis en mesure de discuter directement avec leur banque de manière plus compétente et plus efficace, de soumettre leur cas par écrit à l'Ombudsman afin qu'il intervienne en leur faveur auprès de la banque, ou encore de régler simplement l'affaire eux-mêmes. En général, l'Ombudsman n'a pas connaissance des résultats lorsque les clients s'adressent directement à leur banque. Certains toutefois lui ont indiqué par la suite qu'ils étaient parvenus à un accord.