

Indemnités de distribution dans le cadre d'un mandat de gestion

Sujet: **Mandat de gestion de fortune** Numéro de cas: **2014/03**

La cliente — une caisse de pension — avait, dans le cadre du mandat de gestion de fortune qu'elle avait confié à la banque, obtenu depuis quelques années la divulgation des indemnités de distribution et négocié en connaissance de cause des commissions de gestion forfaitaires très avantageuses. En litige sur la question de la restitution des indemnités de distribution perçues par la banque au titre des actifs sous gestion, les parties trouvèrent, dans le cadre de la procédure de médiation, un arrangement reposant en premier lieu sur des considérations économiques et non strictement juridiques.

La cliente de longue date, une caisse de pension, avait confié un mandat de gestion de fortune à la banque. Le contrat de mandat était renouvelé tous les deux ou trois ans, la cliente se faisant chaque fois conseiller par un expert indépendant lors de la négociation des conditions ainsi que lors des entretiens périodiques relatifs à l'activité d'investissement de la banque et aux résultats des placements. Après la publication du premier arrêt de principe rendu en mars 2006 par le Tribunal fédéral, le thème des rétrocessions occupa une place croissante dans les entretiens et négociations entre les parties. C'est ainsi qu'à partir de début 2009, suite à la requête de la cliente, la banque informa périodiquement cette dernière des indemnités de distribution qu'elle percevait des promoteurs des produits en relation avec les valeurs en dépôt de la cliente. La banque proposa aussi à compter de début 2010, lors des renouvellements de contrat, d'adopter un nouveau modèle tarifaire prévoyant le versement par la banque des indemnités de distribution à la cliente en contrepartie d'une commission de gestion de fortune plus élevée. La cliente préféra toutefois dans un premier temps conserver le modèle traditionnel, qui lui assurait une commission forfaitaire très avantageuse. Courant 2012, elle changea d'avis; les parties renégocièrent donc les conditions et finirent par conclure un accord tarifaire basé sur le nouveau modèle, avec effet rétroactif en début d'année.

Le 30 octobre 2012, le Tribunal fédéral trancha une question controversée en statuant dans un nouvel arrêt de principe que non seulement les rétrocessions versées par les banques aux gérants de fortune indépendants sur les commissions bancaires, mais aussi certaines indemnités de distribution (dites «commissions d'état») payées par les promoteurs de produits aux banques appartenaient théoriquement au client. Sur ces entrefaites, la cliente exigea que la banque lui restitue les commissions d'état perçues durant les dix dernières années en lien avec les titres sous gestion. La banque refusant d'accéder à cette requête, la cliente sollicita l'intervention de l'Ombudsman. Pour appuyer sa demande, elle fit principalement valoir qu'elle n'avait jamais renoncé en bonne et due forme à la restitution des commissions d'état selon les critères définis par le Tribunal fédéral. Dans sa prise de position adressée à l'Ombudsman, la banque souligna la grande transparence dont elle faisait preuve depuis de nombreuses années à l'égard de la cliente concernant les commissions d'état perçues et le fait que les parties avaient négocié les conditions du mandat de gestion de fortune compte tenu de ces revenus touchés par la banque. La commission forfaitaire convenue était nettement insuffisante pour couvrir les frais liés à l'exécution du mandat de la cliente, d'où une forte perte pour la banque si elle reversait ces indemnités de distribution. Aux yeux de la banque, il s'agissait d'une requête

inacceptable et, en outre, contraire à l'intention du Tribunal fédéral d'éviter qu'un mandataire ne puisse réaliser à l'insu du client un superbénéfice injustifié et donc illicite au regard du droit des contrats. Ayant toujours agi de bonne foi, la banque se réservait le droit, en cas de litige, d'exiger une révision de la commission forfaitaire a posteriori au motif d'une erreur essentielle. Elle fit en outre valoir que les droits à restitution étaient prescrits pour les paiements échus depuis plus de cinq ans. Les deux parties s'étant déclarées favorables à un règlement amiable, l'Ombudsman récapitula tout d'abord dans un courrier les bases contractuelles déterminantes, les positions des parties et leurs arguments. Il leur communiqua ensuite par écrit, à titre indicatif, les questions de fait et de droit à ses yeux essentielles ainsi que son avis sur les opportunités et les risques en découlant. Lors des entretiens de médiation menés ensuite séparément avec chaque partie, il fut convenu de résoudre le différend suivant une approche non pas strictement juridique, mais économique. Ainsi, la banque proposa finalement de replacer la cliente dans la situation qui aurait été la sienne si les dispositions tarifaires du mandat de gestion de fortune actuel (versement des commissions d'état en contrepartie d'une commission plus élevée) avaient été appliquées ces dix dernières années. La cliente accepta cette proposition avec gratitude, et le litige put donc être réglé sous forme d'un paiement compensatoire par la banque.