



Schweizerischer Pensionskassenverband
Association suisse des Institutions de prévoyance
Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza
Kreuzstrasse 26
8008 Zürich

Tél. 043 243 74 15/16

Fax 043 243 74 17

E-mail info@asip.ch

Site web www.asip.ch

Zurich, le 12 août 2008

Circulaire d'information n° 74

Gestion transparente des rétrocessions: éviter les conflits d'intérêts!

Une question se pose sans cesse dans le cadre de l'application des dispositions sur la loyauté dans la gestion de fortune: comment les institutions de prévoyance doivent-elles se comporter à l'égard de leurs gérants de fortune (banques et gérants indépendants) en ce qui concerne les rétrocessions. Par rétrocessions, il faut entendre des prestations fournies par des tiers (remboursements au sens de commissions, versements et rabais accordés par des partenaires commerciaux) à des gérants de fortune dans le cadre de leur activité de gestion de patrimoine pour des clients. L'acceptation de telles rétrocessions par les gérants de fortune comporte le risque que certains d'entre eux fassent passer leur intérêt avant celui de leur mandant, à savoir les institutions de prévoyance. Il faut éviter ce conflit d'intérêts. Selon le droit du mandat, les gérants de fortune mandatés ont l'obligation générale de restituer aux institutions de prévoyance tout ce qu'ils ont reçu de tiers pour exécuter leur mandat.

Les institutions de prévoyance, quant à elles, ont été priées par les autorités de surveillance de régler la gestion des rétrocessions par écrit avec leurs gérants de fortune et de fournir des informations sur cette gestion dans le cadre du rapport annuel.

Nous vous expliquons ci-après comment le terme de rétrocession doit être compris et comment les organes de direction responsables doivent se comporter vis-à-vis des gérants de fortune, conformément à leur responsabilité fiduciaire de gestion et d'organisation.

Situation

Pour gérer la fortune des institutions de prévoyance, les organes de direction responsables mandatent de nombreux prestataires externes (banques, gérants de fortune indépendants) qui réalisent des investissements pour l'IP. Le contrat d'un gérant de fortune se base sur les dispositions relatives au droit du mandat. Dans le cadre de l'exécution de son mandat, ce dernier doit s'acquitter de certains devoirs vis-à-vis de l'institution de

prévoyance. Selon l'obligation de loyauté, le gérant de fortune est en particulier tenu de préserver les intérêts de l'institution de prévoyance (voir art. 400 al. 1 CO). Cela comprend notamment l'obligation de rendre des comptes ainsi que la restitution des actifs qu'il pourrait être amené à acquérir dans le cadre de l'exécution du contrat. **Dans le cadre du mandat qui lui est confié, le mandataire ne doit réaliser aucun profit ou perte en dehors de ses honoraires. Il est par ailleurs tenu de remettre au mandant tous les actifs qu'il a reçus de tiers dans l'exercice de son mandat. Le mandataire doit donc agir exclusivement dans l'intérêt du mandant.**

En mars 2006, le Tribunal fédéral a confirmé cette règle fondamentale du droit du mandat (voir BGE 132 III 460 ss). Il a dû juger un cas n'appartenant pas au domaine de la prévoyance professionnelle, où un gestionnaire de fortune externe gérait l'argent de clients et recevait des rémunérations de la part de la banque de dépôt. En passant cet état de fait sous silence et en refusant donc de divulguer ces rémunérations au client, le gérant de fortune a violé ses obligations de loyauté, d'information et de restitution. Le Tribunal fédéral a souligné que, selon le droit du mandat, le gérant de fortune est tenu, sur demande, de rendre des comptes sur sa gestion des affaires et des rétrocessions qu'il aura perçues, et de les remettre au mandataire initial. Cette obligation de restitution inclut tous les avantages dont bénéficient les gérants de fortune de la part de tiers dans le cadre de l'exécution de leurs contrats. Ils comprennent, outre les commissions, rabais et autres incitations non financières, les commissions de prospection qui sont versées quand un gérant de fortune amène de nouveaux clients ou de nouveaux fonds.

Cette décision a pour conséquence que toutes les rétrocessions perçues ces dix dernières années par les gérants de fortune doivent être cédées aux clients.

Raisons donnant lieu à des «rétrocessions»

Il peut y avoir rétrocession entre les différentes parties impliquées dans la gestion de la fortune de l'institution de prévoyance (voir graphique):

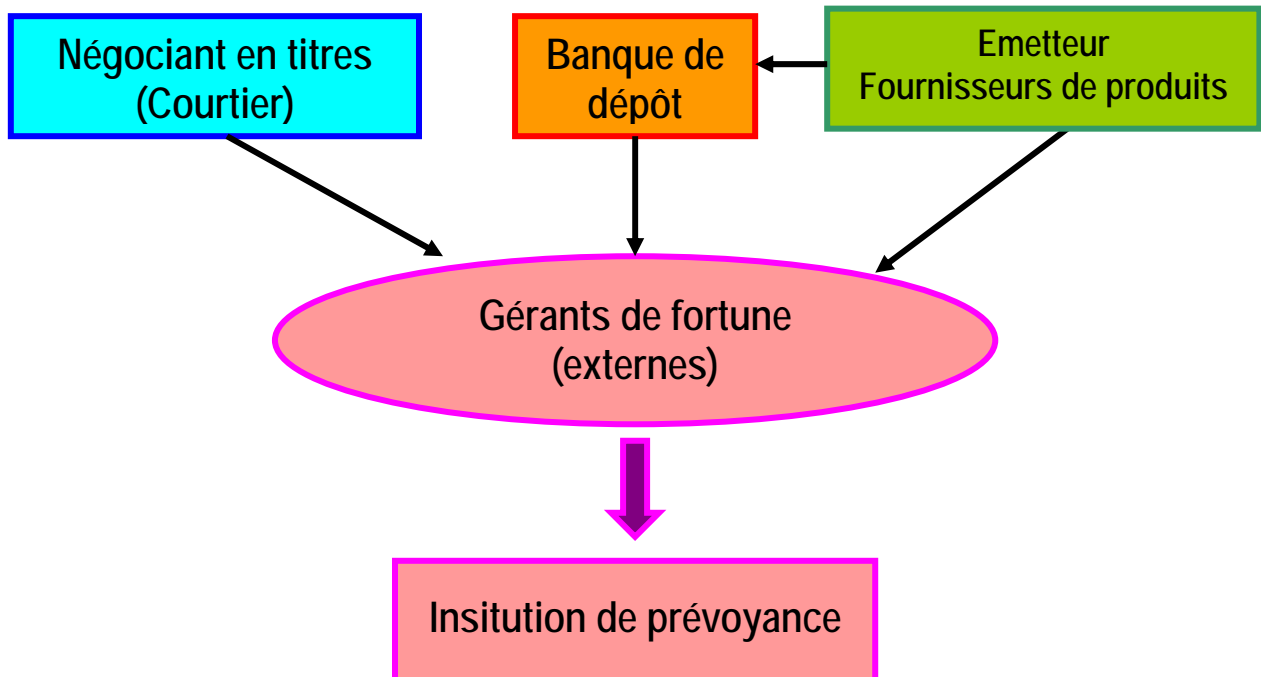
- du négociant en titres (courtier) au gérant de fortune, ou
- de l'émetteur (fournisseur de produits) d'un instrument de placement collectif ou d'un produit structuré au gérant de fortune ou à la banque de dépôt.

Dans le cadre du commerce de titres, une partie des frais occasionnés par le mandat et payés par les institutions de prévoyance est reversée au gérant de fortune sous forme de provisions, versements, rabais ou *soft commissions*. Les soft commissions ne sont pas des prestations en argent, mais, par exemple, des services informatiques, des résultats d'analyse ou des données financières.

Lorsqu'il s'agit de placements collectifs ou de produits structurés, il peut y avoir des rétrocessions dans les cas suivants:

- En cas d'achat de parts de fonds, une taxe unique est prélevée, ce qu'on appelle «le droit d'entrée». Ce dernier est calculé en pourcentage du capital investi dans le fonds. La plus grande partie de ce droit d'entrée est reversée, à titre de commission, à la société distributrice, au gérant de fortune ou au conseiller financier.

- Pour les produits de placement, la redevance annuelle de gestion constitue le plus grand facteur de coût. Les fournisseurs de produits financiers reversent une partie de cette redevance aux gérants de fortune lorsque leurs produits figurent dans les dépôts des clients. Cette forme de rétrocession (commission de gestion du portefeuille) est versée régulièrement et porte sur l'ensemble du portefeuille du gérant de fortune pour un produit de placement donné.
- En cas d'achat de produits structurés, des commissions d'apport uniques sont versées.



En théorie et en pratique, les opinions divergent sur la question de savoir si les gérants de fortune et les banques de dépôts doivent reverser ou non aux clients les ristournes qu'ils perçoivent, par exemple, d'un fonds dont ils achètent les produits ou qu'ils gardent dans les dépôts de leurs clients. Pour les banques, il s'agit d'argent qui leur est versé à titre de rémunération (qualifiée en général de rémunération de distribution), et non pas de rétrocessions qui doivent être reversées à l'institution de prévoyance. Pour que l'obligation de rétrocession s'applique dans le cadre d'un contrat, il faut que l'argent perçu par le mandataire le soit au titre d'une activité de gestion pour le client. Ce qu'il y a de dérangeant dans cette argumentation, c'est que cette rémunération n'est pas fonction du travail effectif fourni par la banque pour placer le produit, mais qu'elle est calculée en pourcentage des actifs investis dans le produit, ce qui peut avoir pour conséquence une double rémunération de la banque en tant que société de distribution. **On ne peut donc pas balayer d'un revers de la main l'existence d'une relation interne avec le mandat (conseil en placement / gestion de fortune). Par ailleurs, un autre point doit également être pris en considération: des prestations effectives et en rapport avec la rémunération ont-elles été fournies par le gérant de fortune?** Si, par exemple, une banque de dépôt (Global Custodian) n'a fourni aucune prestation dans le cadre de l'évaluation d'un fonds, aucune rémunération ne devrait être versée. Si c'est néanmoins le cas ou s'il existe une disparité entre la prestation et la rémunération, la rémunération doit alors être considérée comme une ristourne.

Recommandations pour la gestion des rétrocessions

Compte tenu des considérations qui précèdent, il est recommandé aux organes de direction de prendre les mesures suivantes.

1. Exiger du gérant de fortune et de la banque de dépôt de la transparence concernant les rétrocessions reçues dans le passé et exiger la restitution.

La transparence est la première priorité. Il est impératif que les organes de direction des institutions de prévoyance soient informés des remboursements, rabais, etc. octroyés au cours des dernières années. Nous conseillons aux IP d'adresser une lettre à ce sujet au gérant de fortune (voir chiffre 3). Ensuite une demande de remise des rétrocessions accumulées peut être faite. Si la réponse du gérant de fortune et de la banque de dépôt comporte notamment la formulation suivante: «...*Ces versements ne sont pas concernés par le jugement mentionné et la banque n'a donc pas l'obligation d'informer et de rendre des comptes en pareils cas...*», celle-ci ne devra pas être acceptée.

La transparence est également requise pour ces «autres» versements.

2. Vérifier les contrats existants

Tous les contrats en cours devraient être contrôlés pour voir si leur contenu est conforme au règlement sur les rétrocessions et autres prestations de tiers. Une totale transparence des coûts et des prestations de tiers (commissions de toute nature) doit être exigée du gérant de fortune. Par souci de transparence, chaque coût devrait être comptabilisé séparément.

La question des rétrocessions devra être prise en compte dans l'évaluation d'un nouveau mandat de gestion de fortune et de ses coûts.

3. Inscrire dans le contrat l'obligation d'informer (de rendre compte) de la part des gérants de fortune

Le mandataire est tenu de signaler toutes les rétrocessions qu'il a perçues, quelle qu'en soit la forme, c'est-à-dire les ristournes et commissions qu'il reçoit dans le cadre de l'exécution d'un mandat octroyé par une institution de prévoyance. Le gérant de fortune est tenu de fournir des informations complètes et exactes sur le montant et l'étendue des prestations reçues de tiers. Cette obligation découle directement du droit du mandat. **Si cette question n'est pas réglée dans le contrat, l'obligation s'appuie directement sur le droit du mandat (art. 400 al. 1 CO).**

Depuis peu, la question des rétrocessions est réglée directement dans les Conditions générales, en particulier dans les dispositions relatives aux dépôts. Ces dispositions doivent donc être examinées de près; en règle générale, elles prévoient que le client renonce à toute information et remise de rétrocessions et autres prestations de tiers. Le fait de renoncer par avance et de manière générale à l'obligation légale d'informer (renonciation globale) est toutefois contraire au droit du mandat, et une telle proposition doit être repoussée. L'obligation de signaler des conflits d'intérêts est impérative. Et ce, d'autant plus que l'institution de prévoyance ne peut pas évaluer à l'avance l'importance des rétrocessions perçues par le gérant de fortune. L'obligation d'informer concerne toutes les personnes chargées de gérer un patrimoine. Le mandataire est tenu de signaler toutes les rémunérations perçues dans le cadre de l'exécution d'un mandat.

En résumé, il découle de ce qui précède les recommandations suivantes:

- a) L'obligation d'informer ne doit pas être exclue.
- b) L'institution de prévoyance doit demander à son gérant de fortune de lui confirmer par écrit s'il a perçu des rétrocessions au sens large du terme, et dans quelle proportion. Elle doit aussi demander à la banque de dépôt une confirmation ad hoc. S'il est prouvé que des rétrocessions ont été versées, une action en justice devrait être engagée.
- c) Cela est également valable pour les placements collectifs et les produits structurés.

4. Régler par contrat les demandes de restitution des rétrocessions

Lorsqu'une transparence totale aura été mise en place, l'organe concerné au sein de l'institution de prévoyance pourra s'occuper de la gestion des rétrocessions. Comme mentionné ci-dessus, il existe, selon le droit du mandat, une obligation générale de restitution pour tout ce qui est perçu par le mandataire dans le cadre de l'exécution d'un mandat. Cette obligation ne doit pas être exclue au préalable.

Fondamentalement, cette règle doit aussi s'appliquer aux commissions de distribution versées pour les placements collectifs et l'achat de produits structurés (rétrocessions produit). Il ne faut en aucun cas accepter le versement d'une somme forfaitaire fixée d'avance, car cela est contraire à l'obligation de transparence et de divulgation.

Pour le règlement contractuel, la formulation suivante est recommandée:

«Dans le cadre de l'exécution de ses prestations, comme le placement d'actifs demandé par ce contrat, des rabais ou prestations de tiers, telles que rétrocessions ou commissions, peuvent être, à la rigueur, accordés au gérant de fortune. Mais lorsque de tels rabais ou prestations de tiers sont la règle ou sont versés, ils doivent être signalés sans restriction au mandant et seront décomptés et crédités exclusivement à ce dernier (cela est également valable pour les placements collectifs).»

5. Assurer une surveillance / un contrôle régulier des rétrocessions

L'organe de direction doit être informé au moins une fois par an des accords contractuels et contrôler les informations prises auprès des gérants de fortune. Le résultat des discussions doit figurer dans un procès-verbal.

Le devoir d'une institution de prévoyance se limite à demander aux mandataires les explications mentionnées. C'est le mandataire qui est responsable de l'exactitude des informations fournies. Le fait d'indiquer dans le rapport annuel que le gérant de fortune a donné des informations à l'institution de prévoyance ne peut pas être contesté légalement. Ce faisant, les organes de direction assument leur responsabilité. En annexe des comptes annuels, il est possible de faire figurer la mention suivante sous la rubrique Organisation de l'activité de placement:

«Des rétrocessions ont été exigées dans le contrat. L'institution de prévoyance demandera des rétrocessions dans le cadre de tous ses mandats de gestion de fortune et aux banques de dépôts.»

6. Etudier des mesures qui vont plus loin

Il s'agit surtout d'instaurer une transparence des coûts effectifs et d'éviter des conflits entre les intérêts des gérants de fortune et ceux de l'institution de prévoyance. Les organes de direction doivent activement aborder le sujet des rétrocessions avec leurs banques et leurs gérants de fortune et vérifier, par exemple, dans quelle mesure le choix des produits et les mouvements décidés sont exclusivement dans l'intérêt de l'institution de prévoyance et ne sont pas liés à des incitations financières pour le gérant de fortune.

Dans le cadre de la discussion sur la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle, l'ASIP va exiger à ce sujet une clarification qui aille dans le sens des considérations ci-dessus (adaptation de l'art. 48 f al. 3 OPP 2).

Le secteur financier est sommé de fournir aux organes de direction la transparence nécessaire et de remplir ses devoirs en ce qui concerne les rétrocessions au sens large. Il s'agit de créer ainsi une situation de base permettant aux institutions de prévoyance de défendre leurs droits dans l'intérêt des assurés.

H. Konrad