

PAR E-MAIL

Mesdames, Messieurs,

Ci-après, une prise de position dans le cadre de l'audition sur les "Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autoréglementation en matière de gestion de fortune comme standard minimal". Délai: 10.11.2008.

Décidément, *l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460 ss)* aura fait couler beaucoup d'encre. Les meilleures plumes, avec plus ou moins d'indépendance d'esprit sinon d'âme, s'y sont entrepris.

Or, il convient de le souligner le dit arrêt rendu en matière civile a le mérite d'être clair et de se fonder sur une disposition on ne peut plus claire (*cf. CO 400 al. 1 : Le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit*), nonobstant, des cas d'interprétations parfois difficiles dans les cas d'enchevêtrement de structures voire d'acteurs comme p.ex. dans les placements collectifs de capitaux (*cf. aussi Audition CFB du 05.09.2008, Système d'incitation et conflits d'intérêts lors de la distribution de produits financiers*). Que le client puisse renoncer à des avantages ou autres incitations (*cf. art. 26 de la directive d'exécution MIF*) va de soi dans un code d'essence libérale comme le Code suisse des obligations. Les auteurs du passé qui suggéraient le contraire avaient évidemment tort.

Ceci admis (*cf. aussi récemment l'arrêt du HG du 27 juin 2007, ZR 107 (2008) 35., 1139, 129 ss qui adhère in fine aussi complètement à l'arrêt du TF précité, ATF 132 III 460 ss*), la question qui se pose ensuite est évidemment celle de savoir si le consentement du client donc du mandant doit être éclairé ou non et si oui jusqu'à quel point s'agissant de rémunérations futures.

Compte tenu de *l'impératif de transparence* qui désormais traverse tout le droit bancaire, financier et boursier (LBVM, art. 1), en Suisse comme en Europe (*cf. MIF*), il convient d'être très exigeant quant au degré de transparence requis. Il convient de l'être d'autant plus dès lors que des conflits d'intérêts entre ceux des clients et des mandataires (barratage (« churning », etc.) ne peuvent pas être a priori et définitivement exclus, nonobstant des échantillonnages qui sont p.ex. intervenus par votre autorité dans la branche, lesquels n'auraient pas donné d'indications quant à l'existence d'abus (*cf. Audition CFB du 05.09.2008, Système d'incitation et conflits d'intérêts lors de la distribution de produits financiers*). Toutefois, il s'agissait d'échantillonnages donc avec une validité limitée qui n'autorise pas une généralisation définitive. En tout état de cause, Il y a des jurisprudences nationales et internationales qui suggèrent le contraire.

Partant, le risque de comportements déloyaux existe et ne peut pas être définitivement éliminé surtout parmi des acteurs encore en partie peu régulés en comparaison internationale. Par ailleurs, le risque pourrait être d'autant plus grand dans les périodes de basses activités boursières qui pourraient être devant nous.

C'est pourquoi, contrairement à l'article 400 al. 1 du code des obligations, il est plaidé ici qu'il ne convient pas de renseigner ex post à la demande du client uniquement, mais au

titre d'une exigence réglementaire supplémentaire qui va au-delà de CO 400 al. 1 (i) spontanément ; (ii) de la quotité effective des prestations reçues de tiers (p.ex. rétrocessions sur les courtages et/ou les droits de garde) ; (iii) périodiquement (p.ex. annuellement) et (iv) par écrit. Cela en particulier au titre de la transparence et afin d'éviter dans la mesure du possible des conflits d'intérêts inappropriés. En effet, voir clairement vaut toujours mieux qu'entendre !

Cela étant, il va de soi, comme le préconise la CFB elle-même, que dès le début de la relation d'affaires, donc ex ante, il incomberait au gérant de fortune de **rendre compte des paramètres de calcul et des fourchettes de valeurs des prestations de tiers pour chaque catégorie de produit.** Cela ne sera pas forcément une sinécure dans tous les cas (problème de compréhension technique basse chez beaucoup de clients encore largement ignorée du législateur ; cf. aussi Audition CFB du 05.09.2008, Système d'incitation et conflits d'intérêts lors de la distribution de produits financiers, « consumer education », 74s.). Mais cela est transparent et concourt donc au résultat visé. Par souci de clarté, il serait probablement souhaitable de préciser encore si cette information doit intervenir par écrit ou si une information orale suffit avec le risque d'absence de preuve formelle que cela peut comporter. Il n'y a pas de précision à ce sujet au ch. 31 du projet. Le manque de précision est l'ennemi du bien en la matière.

Enfin, pour éviter tout abus, il conviendrait de supprimer l'idée que le gérant de fortune pourrait s'abstenir de renseigner sur des prestations qui ne pourraient être réparties individuellement qu'avec des efforts peu raisonnables. En effet, il appartient au gérant de fortune de mettre en place tous les instruments nécessaires pour déterminer avec précision la quotité des prestations qu'il reçoit des tiers. Des difficultés pratiques ou techniques ne devraient pas constituer un obstacle. En tant que professionnel, on doit pouvoir s'attendre de lui à ce qu'il soit en mesure de déterminer lui-même ou avec l'aide de tiers les montants de rétributions reçus quels que soient leur forme. L'argument des difficultés techniques d'appréhension n'est souvent qu'un moyen commode d'échapper à des obligations considérées comme inappropriées par ceux qui les supportent. Malheureusement, cela reste encore un des arguments trop souvent produit par les lobbyistes voire écouté par les régulateurs dans un souci d'apaisement ou de pragmatisme, mais souvent discutable. En effet, s'agissant de professionnels, on peut/on doit se montrer exigeant surtout dans une matière aussi sensible que la rémunération des gérants de fortune. Il en va in fine de la protection des intérêts des investisseurs et de la réputation de la place financière suisse, biens juridiques qui vont bien au-delà de l'intérêt particulier des gérants de fortune qui vise plutôt à obscurcir qu'à éclairer les éléments de leur rétribution.

Genève, le 10 novembre 2008

Yves-Michel Baechler
Avocat, lic. sc. éc. HSG
Genève