



Sabine Kilgus

DP Dr. en droit, LL.M., avocate, Lutz Rechtsanwälte, a représenté la demanderesse, laquelle a obtenu gain de cause devant le Tribunal fédéral.



Rolf Kuhn

LL.M., avocate, Lutz Rechtsanwälte, a représenté la demanderesse, laquelle a obtenu gain de cause devant le Tribunal fédéral.

Les ristournes

Discussion de l'ATF 132 III 460

Le Tribunal fédéral oblige les gérants de fortune externes à faire preuve de transparence.

Avec son arrêt ATF 132 III 460 précité, le Tribunal fédéral a rendu une décision de principe¹ sur le traitement, contesté dans la doctrine et la pratique, des ristournes et des commissions.

Les ristournes et les commissions qu'un gérant de fortune externe reçoit de tiers, en règle générale de banques, doivent être versées au mandant, en raison du caractère du mandat, consistant à profiter à un tiers.

Sur la base de l'art. 400 CO, le mandataire a l'obligation de révéler et de procéder au décompte des ristournes et des commissions obtenues.

L'art. 400 CO est de nature dispositive. Pour que le mandant puisse renoncer valablement, en tout ou en partie, aux ristournes et/ou aux commissions qui lui reviennent, il doit en avoir une connaissance certaine. Le simple fait que de tels versements ont lieu dans la branche ne suffit pas.

Etat de fait résumé du jugement

En 1993, M. a fait constituer la fondation S., ayant son siège à Vaduz/FL. X. a été institué président du conseil de fondation, alors que l'administration des valeurs patrimoniales de ladite fondation a été confiée au gérant de fortune T. Jusqu'au commencement de son activité lucrative indépendante en 1998, T. gérait le patrimoine de la fondation en tant qu'em-

ployé de diverses banques en Suisse. Avec l'octroi de son mandat de gérant de fortune indépendant, il a poursuivi la gestion sous sa propre responsabilité et à son propre compte, et placé auprès de plusieurs autres banques le patrimoine qu'il administrait. Avec le temps, la fortune de la fondation s'est montée à plus de 100 millions de francs.

En 2000, l'insolvabilité a été ouverte sur le patrimoine de M.

A une date ultérieure, il s'est révélé que T. avait conclu des contrats dits «rétro» avec les diverses banques auprès desquelles le patrimoine de la fondation était déposé. Pour chaque transaction effectuée avec la fortune de la fondation, il percevait dès lors des ristournes d'un montant convenu. Pour le remplacement des valeurs patrimoniales auprès de banques autres que la banque initiale, il recevait en outre des commissions.

La fondation n'a reçu ni les ristournes, ni les commissions. Elle a donc intenté une action à l'encontre de T. en vue de la restitution des ristournes et des commissions qu'il avait perçues. La prétention en restitution a été rejetée aussi bien par la première que par la deuxième instance. En revanche, par jugement du 22 mars 2006, le Tribunal fédéral a constaté que les ristournes et les commissions sont soumises à l'obligation de versement régie par le droit du mandat à l'art. 400 CO, et a renvoyé la cause pour nouveau jugement à l'instance inférieure. Les considérants du Tribunal fédéral sont intéressants, d'une part, eu égard au traitement de ristournes et de commissions sous l'angle des

règles sur le mandat et, partant, en ce qui concerne la portée de l'art. 400 CO et, d'autre part, pour ce qui est des exigences posées à une déclaration de volonté valable avec laquelle il peut être renoncé à de telles ristournes et commissions.

1. Les considérants

Tout d'abord, le Tribunal fédéral relève, en confirmation de la jurisprudence constante, que le contrat de gestion de fortune – qui se présentait incontestablement dans le cas présent – doit être qualifié de mandat et profite par conséquent à un tiers (consid. 4.1). Ainsi, les ristournes et les commissions reviennent au mandant, et non au mandataire. Cette mise à profit en faveur d'un tiers constitue la base de l'art. 400 CO, ce que le Tribunal fédéral souligne sans équivoque aucune.

Selon l'art. 400, al. 1^{er}, CO, «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». L'obligation de versement concerne non seulement les valeurs patrimoniales que le mandataire reçoit directement du mandant pour l'accomplissement du mandat, mais aussi les avantages indirects qui parviennent au mandataire, en conséquence de l'exécution du mandat, de la part de tiers. Exception faite d'éventuels honoraires, le mandataire ne doit, par le mandat, ni réaliser un gain, ni subir une perte; il doit donc restituer

toutes les valeurs patrimoniales se trouvant dans une relation intrinsèque avec l'accomplissement du mandat et ne peut conserver que ce qu'il obtient, sans rapport intrinsèque avec le mandat qui lui est confié, de la part de tiers à l'occasion de son exécution (Fellmann, Commentaire bernois, N. 115, 117, 127 ad art. 400 CO; Weber, Commentaire bâlois, N. 12 ad art. 400 CO; Tercier, Les contrats spéciaux, 3^e éd. 2003, N. 4705 s.). Font partie des avantages indirects que le mandataire doit restituer, par exemple, les rabais, les provisions, les pots-de-vin, etc. (Fellmann, loc. cit., N. 128 et 132 ad art. 400 CO; Weber, loc. cit., N. 14 ad art. 400 CO). A cet égard, il ne joue aucun rôle que l'allocation doive profiter, d'après la volonté du tiers, exclusivement au mandataire ou non (jugement 4C.125/2002 du 27 septembre 2002 consid. 3.1; Fellmann, loc. cit., N. 131 ad art. 400 CO avec autres références). Les ristournes – et sans doute aussi, régulièrement, les commissions, dans la mesure où le mandataire a conseillé au mandant, dans le cadre du contrat, de déposer (nouvellement) les valeurs patrimoniales remises aux fins de gestion auprès d'une banque déterminée (opinion contraire: apparemment de Capitani, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, Mélanges Jean-Paul Chappuis, Zurich 1998, p. 29 ch. 13) – sont versées au mandataire, car il procède ou fait procéder, dans les limites du mandat, à certains actes d'administration; elles échoient en relation avec la gestion de la fortune et sont soumises à l'obligation de restitution selon l'art. 400, al. 1^{er}, CO (cf. Emch/Renz/Arpagaus, loc. cit., N. 1694 p. 554; Jörg/Arter, *Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters*, L'Expert-comptable suisse 4/04, p. 297 s.; Hess, loc. cit., p. 1432; Watter, *Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung*, PJA 10/98, p. 1177 note marg. 27). A l'opposé de l'opinion de l'instance inférieure, il ne résulte rien de contraire de l'ATF 112 III 90 consid. 4^e p. 97 (consid. 4.1).

Dans une phase suivante, l'arrêt traite de la question de savoir si l'art. 400 CO est de nature impérative ou dispositive. Après avoir évoqué les deux conceptions existant au sein de la doctrine², le tribunal parvient, sans autre analyse, à la conclusion que l'art. 400 CO est de nature dispositive.

L'art. 400 CO ne contient aucune interdiction expresse de la renonciation et on ne peut percevoir aucun motif plaidant en défaveur de la nature dispositive de l'obligation de versement. Avec la doctrine récente prépondérante, il convient dès lors d'admettre, par principe, la validité d'une convention, d'après laquelle le mandant renonce au versement de certaines valeurs échéant également à l'avenir. Toujours

est-il que des limites découlent de la mise à profit proprement dite du mandat en faveur d'un tiers, laquelle ne peut être supprimée par une convention afférente (cf. Fellmann, loc. cit., N. 154 ad art. 400). Cette caractéristique n'est certes pas touchée en tant que telle lorsque le versement de recettes, telles que des ristournes, constitue une obligation annexe dans le contrat de gestion de fortune et que le mandataire doit recevoir, en fin de compte, une rémunération – additionnelle – pour son activité. Cependant, là aussi, l'obligation de versement forme un élément central de la mise à profit du mandat en faveur d'un tiers et est liée si étroitement à l'obligation du mandataire de rendre des comptes qu'elle semble en être la conséquence (cf. ATF 110 II 181 consid. 2 p. 182; Guhl/Schnyder, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd. 2000, p. 553 note marg. 20). La doctrine exige dès lors, à juste titre, que le mandant doit être informé intégralement et véridiquement des ristournes à escompter et que sa volonté de renoncer à leur versement doit découler clairement de la convention (Emch/Renz/Arpagaus, loc. cit., p. 554 s.; de Capitani, loc. cit., p. 27; cf. aussi Lombardini, loc. cit., p. 506). Cette exigence se justifie au surplus en considérant qu'une telle convention est susceptible de mener à des conflits d'intérêts, car des transactions (trop) fréquentes peuvent générer un revenu supplémentaire notable (à propos du «Churning», cf. Watter, loc. cit., p. 1177) (consid. 4.2).

Enfin, le Tribunal fédéral retient sans équivoque que le mandant doit connaître ce à quoi il renonce pour qu'une convention faisant parvenir au gérant de fortune tout ou partie des ristournes soit valable. Une renonciation ne saurait être déduite du fait que de telles conventions sont en soi usuelles, et leur fréquence effective ne permet non plus de conclure qu'une telle renonciation peut être qualifiée d'usage commercial et local sur la base de l'art. 394, al. 3, CO (consid. 4.3). Au contraire, le Tribunal fédéral constate ce qui suit:

Excepté le fait que les recettes correspondantes sont tributaires du genre et de la fréquence des transactions patrimoniales, la convention relative à la rétention des ristournes contestées et de recettes similaires ne constitue pas un accord sur les honoraires, même si en conséquence le dédommagement du gérant de fortune pour son activité s'en voit augmenté. En effet, il ne peut être présumé comme usuel qu'un mandant renonce, sans autre examen, à une reddition de comptes et soit d'accord avec des recettes du mandataire dont il ne peut ni connaître, ni contrôler l'étendue. Le Code de conduite de l'Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG) exige, au contraire, que le gérant de fortune révèle au

client toutes les prestations de cette nature et détermine, dans le contrat avec le client, le destinataire des remboursements (Emch/Renz/Arpagaus, loc. cit., note marg. 1694 p. 554; cf. art. 10 en corrélation avec l'art. 7 de l'annexe B au Code de conduite de l'ASG). Selon la jurisprudence, il peut être fait recours à un tel code de conduite, en tant qu'expression de l'exercice d'une profession, en vue de l'interprétation et du complètement d'un contrat (jugement 4C.236/1997 du 31 octobre 1997, in SJ 1998, p. 379 consid. 3b avec renvoi à Bertschinger, *Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten – Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995 (4C.467/1994)* in RSDA 5/96, p. 240 ss.; cf. aussi Fellmann, loc. cit., N. 71 ad art. 396 CO; Lombardini, loc. cit., p. 503). Il se trouve ici en opposition avec une interprétation d'après laquelle le mandataire, à défaut d'accord contraire, ne doit pas verser les ristournes perçues dans le cadre de la gestion de fortune. Il faut une convention entre les parties, dégagant avec clarté la volonté du mandant informé de renoncer (en tout ou en partie) au versement des ristournes payées au mandataire dans le cadre du mandat (consid. 4.3).

Dans le cas présent, le tribunal soutient par conséquent les explications données par la demanderesse, selon lesquelles l'instance inférieure avait admis, en violation du droit fédéral, qu'il ne pouvait être conclu de la connaissance de l'organe de la demanderesse, de l'usage du versement de ristournes et de commissions, qui lui était généralement connu, que l'organe y renoncerait.

Les connaissances de l'organe de la demanderesse, constatées par l'instance inférieure, relatives à l'ordre de grandeur des ristournes et des commissions perçues par le défendeur ne suffisent pas pour une renonciation juridiquement valide à une reddition des comptes et à un versement avec laquelle l'obligation de restitution d'après l'art. 400, al. 1^{er}, CO est exclue. L'appréciabilité du montant des ristournes, constatée par l'instance inférieure, sur la base de l'ordre de grandeur du patrimoine géré, des honoraires d'administration convenus et de la nature usuelle de telles recettes n'a pas fourni à la demanderesse des connaissances suffisamment précises sur les ristournes et les commissions échéant effectivement, car celles-ci sont tributaires d'autres facteurs, tels que notamment le nombre d'affaires opérées et la convention relative au montant de dédommagements de ce genre au gérant de fortune par des tiers. Selon les constats de l'instance inférieure, la demanderesse (respectivement le président de son conseil de fondation) n'avait pas connaissance du montant exact des recettes concrètes du défendeur. Partant, même

si le défendeur savait que le président du conseil de fondation, en tant qu'organe de la demanderesse, connaissait la nature usuelle de tels dédommagements et l'ordre de grandeur du patrimoine administré, il ne pouvait déduire de bonne foi du simple silence de la demanderesse respectivement de ses organes qu'il était libéré de la reddition de comptes et du versement des ristournes et recettes similaires qui lui étaient payées par des tiers dans le cadre de la gestion de fortune. Considérant l'importance de l'obligation de rendre des comptes pour le mandat mis à profit en faveur d'un tiers, il aurait plutôt incombé au défendeur d'informer la demanderesse respectivement ses organes compétents des ristournes et des commissions échéant concrètement. En l'absence de déclaration de renonciation expresse et dénuée d'équivoque de la demanderesse à une reddition de comptes et à un versement, le défendeur aurait à tout le moins dû s'assurer que la mandante voulait lui céder – en connaissance de la convention concrète avec les banques sur le montant et de la fréquence présumée des transactions sujettes à dédommagement – les recettes échéant dans le cadre de la gestion de fortune en tant qu'indemnisation additionnelle pour son activité. Sur la base des circonstances constatées dans le jugement attaqué, le défendeur ne pouvait conclure du simple silence de la demanderesse à une renonciation de cette dernière à la restitution de ces recettes lui revenant (consid. 4.5; mise en évidence par les auteurs).

2. Conclusion

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral a clarifié, en faveur du mandant, une pratique, contestée depuis longtemps et affectée d'une certaine insécurité, concernant les répercussions de la mise à profit du mandat au profit d'un tiers au plan dogmatique. Cependant, le jugement a aussi un effet de signal dépassant le droit du mandat:

Premièrement, l'usage d'une branche ne devient partie intégrante d'un contrat que si elle y est réellement incorporée. Deuxièmement, dans la perspective de la détermination du contenu d'une déclaration de volonté, la renonciation à une prétention ne peut être admise, selon le principe de confiance, que si la décision à ce sujet a lieu de manière informée.

Pour qu'un mandat puisse prendre une telle décision en connaissance de cause, le mandataire a l'obligation de rendre des comptes et d'observer le principe de transparence, à défaut de quoi une base pour sa prise de décision lui fait défaut. Ces exigences revêtent une importance au-delà de la gestion de fortune

pour toutes les relations contractuelles soumises aux règles du mandat.

Sans que cela soit thématiquement de façon plus circonstanciée dans l'arrêt, cette transparence et cette reddition de comptes, exigées selon le droit du mandat, correspondent au sens et à l'esprit de l'art. 11 LBVM et de l'art. 7 des Règles de conduite de l'Association suisse des banquiers pour négociants en valeurs mobilières. Cela présente un intérêt dans la mesure où cette disposition n'est pas applicable aux gérants de fortune externes pour autant qu'ils ne soient pas des négociants en valeurs mobilières. Il en va de même de l'indication, faite «en passant», que des ristournes trop élevées, qui dépendent du chiffre d'affaires réalisé, suggéreraient l'existence d'un «Churning» (regroupement, dénué de sens économique, de dépôts uniquement en vue de générer de tels dédommagements). Ainsi, cet arrêt revêtira aussi de l'importance pour la gestion de fortune pratiquée par les banques et les négociants en valeurs mobilières, par exemple pour la question du transfert de ristournes lors de la prise en considération de fonds de placement étrangers à la banque.

Le constat, selon lequel les ristournes reviennent en principe au client, devrait également avoir de l'importance eu égard à la pratique courante des banques dans les rapports avec des gérants de fortune externes: habituellement, les banques concluent avec les gérants de fortune externes des contrats régissant les relations entre elles et ces derniers et stipulant qu'il incombe au gérant de fortune externe d'informer le client de la perception de ristournes.

Or, si les ristournes reviennent toujours au client en l'absence de convention, il se pose la question de savoir si une banque est autorisée à les transmettre à un gérant de fortune externe aussi longtemps que l'institut bancaire ignore s'il existe effectivement une convention, suffisante au sens de la jurisprudence, entre le gérant de fortune externe et le client concernant la renonciation aux ristournes. La banque qui paie les ristournes sur la base des recettes de courtage serait en mesure de bonifier les ristournes directement au client. En l'absence d'autorisation et/ou d'instruction du client, le gérant de fortune externe ne devrait pas être habilité à se faire payer sur son propre compte des deniers revenant au client. En règle générale, les formulaires de procuration administrative pour gérants de fortune externes ne contiennent pas de clause d'après laquelle le gérant de fortune peut retirer des deniers du client (sauf pour la rémunération des honoraires du gérant de fortune; cependant, les ristournes ne se qualifient justement pas comme honoraires).

Le Tribunal fédéral relève en outre que des commissions sont sans doute régulièrement soumises à l'obligation de versement dans la mesure où le mandataire a conseillé au mandant de déposer (nouvellement) auprès d'une banque déterminée les valeurs patrimoniales remises aux fins d'administration. Cette constatation s'écarte d'une partie de la doctrine (cf. de Capitani, loc. cit., p. 29 ch. 13), mais elle est logique: en effet, il existe le danger d'un conflit d'intérêts également lorsqu'un gérant de fortune externe reçoit d'un institut bancaire une rémunération pour lui amener de nouveaux clients. Le gérant de fortune externe pourrait être enclin à placer ses propres intérêts en termes de bénéfices au-dessus de ceux du client et, par exemple, à choisir une banque versant des commissions plus élevées, mais demandant des émoluments de dépôt supérieurs (ce qui n'est pas dans l'intérêt du client). Lors du choix d'un institut bancaire, le client doit également pouvoir prendre une décision sur un fondement transparent, ce qui ne peut être garanti que si le gérant de fortune externe doit acquitter des commissions au client et se voit privé de l'incitation à faire passer ses propres intérêts avant ceux du client ou s'il doit alors révéler le montant des commissions au client (et si ce dernier renonce, le cas échéant, aux commissions).

Comme l'indique en outre le Tribunal fédéral, 81% des gérants de fortune ne transmettent pas de ristournes à leurs clients. Conformément à une étude de l'institut spécialisé dans le domaine bancaire auprès de l'Université de Zurich, 39% des gérants de fortune interrogés ne révèlent pas le montant des ristournes aux clients. 41% révèlent les montants sur demande. A la lumière de l'arrêt du Tribunal fédéral, la perception de ristournes devrait être problématique dans au moins 39% des cas.

C'est pourquoi le Code de conduite de l'ASG prévoit, aujourd'hui déjà, que le gérant de fortune règle avec le client, dans un contrat en la forme écrite, l'utilisation des ristournes. Pour qu'une telle réglementation sur l'emploi de ristournes soit juridiquement valable, il devrait être nécessaire, à l'avenir, d'informer d'emblée le client du montant des taux de ristourne. Ce n'est qu'à l'aide de cette information que le client peut évaluer l'étendue possible des ristournes auxquelles il entend renoncer. ■

¹ Paru dans Jusletter du 26 juin 2006, cf. Neue Zürcher Zeitung du 20 juin 2006, p. 23, ainsi que Markus Felber, *Wem gehören Retrozessionen?*, in Jusletter du 26 juin 2006.

² Avant tout Gautschi plaide en faveur de la nature impérative de l'art. 400 CO, alors que la doctrine récente prépondérante, représentée par Werro, Fellmann, de Capitani, Watter et Emch/Renz/Arpagaus, prennent parti pour le caractère dispositif et que Weber et Hofstetter opèrent des différenciations (consid. 4.2).