CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Rétrocessions

La créance en restitution des rétrocessions se prescrit par 10 ans

Par Philipp Fischer le 14 juillet 2017

Le 16 juin 2017, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt n° 4A_508/2016 (destiné à la publication) qui tranche l'une des dernières grandes questions encore ouvertes dans l'épopée des rétrocessions, inaugurée plus de 10 ans auparavant par l'ATF 132 III 460 (Commentaire n° 446).

En 2006, le Tribunal fédéral avait décidé que les rétrocessions qu'un tiers gérant reçoit de la banque dépositaire des fonds du client sont en principe soumises à une obligation de restitution au client (article 400 (1) CO). Par la suite, ce principe a été étendu à d'autres prestations financières, pour autant que le contrat conclu entre le récipiendaire de celles-ci et le client final soit un mandat (ou un contrat assimilable à un mandat). Le Tribunal fédéral a également jugé que cette obligation de restitution est de droit dispositif et que le client peut y renoncer, pour autant qu'il ait été dûment informé.

Dans l'arrêt présenté ici, le Tribunal fédéral tranche la question du délai de prescription applicable à la prétention du mandant en restitution des rétrocessions (il s'agit donc de l'hypothèse dans laquelle le client n'a pas renoncé à cette prétention).

Selon le Tribunal fédéral, la créance du client est soumise à un délai de prescription de 10 ans (article 127 CO). Contrairement à la position soutenue par une partie de la doctrine, le délai de prescription de 5 ans (applicable à la prescription des « redevances périodiques » en vertu de l'article 128 (1) CO) ne peut pas être invoqué en l'espèce. En effet, la prétention en restitution résulte du simple fait que le mandataire a perçu une rétrocession d'un tiers. S'agissant des rétrocessions analysées dans le cas d'espèce, chaque devoir de restitution repose sur un fondement séparé, ce qui implique, selon le Tribunal fédéral, l'application du délai ordinaire de prescription de 10 ans.

Le délai de prescription commence à courir, pour chaque créance en restitution, le jour où le mandataire a reçu le montant à recréditer au mandant (*dies a quo*), et non pas à partir de la fin du mandat ou à partir du jour où le mandant a connaissance des rétrocessions. En effet, la prescription court dès que la créance est devenue exigible (article 130 (1) CO), à savoir en principe dès la naissance de la créance (article 75 CO). Or, selon le Tribunal fédéral, chaque réception d'un montant à restituer déclenche l'exigibilité de l'obligation de restitution et marque donc le début du délai de prescription.

Suite aux évolutions jurisprudentielles intervenues depuis 2006, de nombreux intermédiaires financiers suisses ont inséré, dans leur documentation contractuelle, une clause de renonciation au droit à la restitution des rétrocessions (et des paiements analogues). Cette renonciation contractuelle vaut généralement pour le futur, à savoir à partir de son intégration dans le rapport contractuel. La question de savoir si, en acceptant la nouvelle clause contractuelle (pour le futur), le client a également renoncé à la restitution des rétrocessions perçues entre le mois de juillet 2007 (étant entendu que la prescription peut être opposée à la prétention en restitution des rétrocessions perçues avant cette date) et le jour de l'entrée en vigueur de la clause de renonciation dépendra, de notre point de vue, du texte explicatif qui a accompagné la nouvelle clause contractuelle. L'intermédiaire financier devra être en mesure de montrer que l'acceptation, par le client, du nouveau règlement pour le futur valait (au moins implicitement) renonciation à réclamer la restitution des rétrocessions perçues par le passé.

Dans une perspective règlementaire, les arrêts du Tribunal fédéral rendus entre 2006 et 2012 sur la base du Code des obligations ont déclenché une intervention de la FINMA sous l'angle de la « garantie d'une activité irréprochable » (cf. Commentaire n° 850). Ces arrêts ont également amené des changements du cadre règlementaire et auto-règlementaire (cf. Circulaire FINMA 2009/1, NN 28-31 / Directives ASB concernant le mandat de gestion de fortune, article 15) et des règles applicables aux institutions de prévoyance (cf. article 48k (1) OPP2).

Les principes dégagés par le Tribunal fédéral ont également été reflétés dans le projet de Loi fédérale sur les services financiers (cf. article 28 (2) P-LSFin, tel que modifié par le Conseil des Etats) : les prestataires de services financiers sont autorisés à conserver les rétrocessions, moyennant le consentement éclairé du client. En cela, le P-LSFin s'écarte de la position plus restrictive qui prévaut sous l'empire de MiFID II (qui prévoit, notamment, une interdiction de principe de la perception de rétrocessions dans le domaine de la gestion de fortune).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, La créance en restitution des rétrocessions se prescrit par 10 ans, publié le 14 juillet 2017 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/978/