CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Rétrocessions et *execution only*

A défaut d'un Big Bang, des précisions utiles

Par Philipp Fischer le 12 octobre 2022

Le Tribunal fédéral a rendu son arrêt (TF 4A_601/2021 du 8 septembre 2022) dans une affaire suivie avec une certaine fébrilité par les praticiens, sans toutefois apporter une réponse jurisprudentielle fédérale à la question de savoir si les rétrocessions perçues dans le cadre d'un rapport d'*execution only* sont soumises (ou non) au devoir de restitution.

Le suspense était à son comble, vu que le Tribunal fédéral avait l'occasion de se pencher, pour la première fois à notre connaissance, sur la portée du devoir de restitution des rétrocessions en cas de relation d'*execution only*. Dans l'arrêt cantonal qui a donné lieu au recours, le *Handelsgericht* zurichois avait estimé que l'obligation de restitution des rétrocessions, qui a été développée par la jurisprudence afférente à la gestion de fortune serait également applicable aux relations d'*execution only*. Dans l'arrêt commenté ici, le Tribunal fédéral précise toutefois d'emblée qu'il ne se prononcera pas sur cette question : « *Auf die umstrittene Frage, ob grundsätzlich auch im Execution only-Verhältnis eine Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen besteht (…) muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden* » (c. 7.2).

Cela étant dit, cet arrêt mérite néanmoins un commentaire vu qu'il traite de questions, certes périphériques au devoir de restitution, mais néanmoins importantes pour les praticiens. La situation factuelle peut être brièvement résumée comme suit.

Une caisse de pension entretient depuis 2001 une relation d'*execution only* avec un établissement bancaire. La banque perçoit des rétrocessions au cours de la relation. La caisse de pension estime que ces rémunérations doivent lui être rétrocédées car elle n'a pas valablement renoncé à ces dernières. La banque estime quant à elle que, en l'absence de conflit d'intérêts, les rétrocessions ne doivent pas être restituées au client dans un rapport d'*execution only*. Le *Handelsgericht* retient que les rétrocessions perçues par la banque dans les dix années précédant l'interruption de la prescription doivent être rétrocédées.

Seule la caisse de pension recourt au Tribunal fédéral, considérant que le raisonnement du *Handelsgericht* s'agissant de la prescription prête le flanc à la critique.

L'arrêt commenté ici peut être séparé en trois parties :

En premier lieu, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence rendue dans un arrêt de principe (ATF 143 III 348, commenté *in* cdbf.ch/978/) en vertu de laquelle (i) le délai de prescription (du droit civil) est de dix ans et (ii) le *dies a quo* correspond au moment où la banque perçoit la

rétrocession (et non au moment où le client prend connaissance de la rétrocession ou à la fin de la relation contractuelle).

En second lieu, le Tribunal fédéral apporte des précisions intéressantes s'agissant de la prescription du *droit à l'information* qui découle de l'art. 400 CO en estimant que ce délai de prescription doit être calqué sur celui applicable au devoir de restitution (c. 8.2 : « *Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welches Interesse die Beschwerdeführerin an der Durchsetzung der Auskunftsansprüche noch haben sollte, wenn die entsprechenden Herausgabeansprüche bereits verjährt sind*. »). Cette opinion du Tribunal fédéral semble contraster avec celle exprimée largement en doctrine en vertu de laquelle, en résumé, le *dies a quo* de la prescription du droit contractuel à l'information correspond à la fin de la relation contractuelle et non à la perception de la rétrocession. Par ailleurs, le raisonnement du Tribunal fédéral est focalisé sur le droit civil. Il n'est pas exclu qu'un droit à l'information plus large puisse potentiellement découler d'autres dispositions légales, notamment de l'art. 16 LSFin , de l'art. 72 LSFin (si la LSFin est applicable au complexe de faits analysé) ou de l'art. 8 LPD.

Finalement, le Tribunal fédéral examine si la banque aurait agi de manière contraire à la bonne foi en incitant le client à ne pas interrompre la prescription pour ensuite soulever cette exception en procédure. En effet, la cliente estime que les lettres qui lui ont été adressées par la banque auraient été de nature à la dissuader d'agir en justice pour interrompre la prescription. En l'occurrence, la banque a toujours maintenu sa position qu'aucune rétrocession ne devait être restituée en raison des caractéristiques de la relation d'*execution only*. Ce comportement aurait dû pousser la cliente à intenter des démarches pour interrompre la prescription le plus rapidement possible. Le Tribunal fédéral écarte, à juste titre selon nous, l'abus de droit.

En résumé, cette décision (i) ne se prononce pas sur l'application de l'obligation de restitution aux relations d'*execution only* (plusieurs décisions cantonales ont été rendues sur cette question, avec des résultats divergents) et (ii) confirme l'approche en matière de prescription de la créance en restitution. L'on retiendra que le Tribunal fédéral (iii) donne des éclaircissements intéressants quant à la prescription du droit à l'information selon l'art. 400 CO (prescription alignée sur celle du droit à la restitution) et (iv) fixe des limites à la possibilité, pour le client, de se prévaloir d'un comportement abusif de la banque pour tenter de faire échec à l'exception de prescription soulevée par le récipiendaire des rétrocessions.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, A défaut d'un Big Bang, des précisions utiles, publié le 12 octobre 2022 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1252/