

Date de dépôt : 6 février 2013

Réponse du Conseil d'Etat

à la question écrite urgente de M. Mauro Poggia : Exiger le versement aux Caisses de pension de la fonction publique des rétro-commissions dont les établissements bancaires gestionnaires de fonds ont bénéficié durant les dix dernières années

Mesdames et
Messieurs les députés,

En date du 25 janvier 2013, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une question écrite urgente qui a la teneur suivante :

Exiger le versement aux Caisses de pensions de la fonction publique des rétro-commissions dont les établissements bancaires gestionnaires de fonds ont bénéficié durant les dix dernières années.

Le Grand conseil a voté récemment, dans la douleur, la fusion et l'assainissement des Caisses de pensions CIA et CEH. Suite à un référendum qui a abouti, les électeurs devront se prononcer.

Le 30 octobre 2012, le Tribunal fédéral, saisi de la question de savoir si un établissement bancaire était en droit de recevoir des rétro-commissions ou des commissions d'incitation (kickback) pour les produits financiers achetés pour le compte de son client lui ayant confié un mandat de gestion, a considéré qu'un tel comportement tombait dans un conflit d'intérêts (4A_127/2012).

En conséquence, le Tribunal fédéral a considéré que de telles commissions devaient être versées au client, et cela rétroactivement sur les dix dernières années correspondant au délai de prescription en matière contractuelle.

Compte tenu de cette décision, et dans la mesure où les Caisses de pensions CIA et CEH ont certainement confié la gestion d'une partie de leur

patrimoine à un ou des établissement(s) bancaire(s), il est demandé au Conseil d'Etat :

- S'il a veillé à ce que les organes des Caisses de pensions CIA et CEH interviennent auprès du/des établissement(s) bancaire(s) concerné(s) afin d'obtenir le versement des rétro-commissions perçues indûment durant les dix dernières années ?*
- S'il a veillé à ce que lesdits organes interrompent la prescription auprès du/des établissement(s) bancaire(s) concerné(s) ?*

RÉPONSE DU CONSEIL D'ÉTAT

Contexte

Les banques opèrent souvent dans le cadre d'un double rapport contractuel. D'une part, elles gèrent pour leurs clients des dépôts de titres contenant différents produits de placement sur la base de contrats de gestion de fortune. D'autre part, elles sont liées aux prestataires de placements collectifs et de produits structurés par des contrats de distribution, en vertu desquels ces prestataires leur délèguent la commercialisation de leurs produits. A ce titre, elles reçoivent des commissions dites d'état, qui sont une composante de la commission de gestion. Ces commissions sont versées aux banques en contrepartie de la détention des fonds gérés dans les portefeuilles de placement des clients, et non de l'exécution d'une transaction.

Dans un jugement de mars 2006, le TF a confirmé une règle fondamentale du droit du mandat (art. 400, al. 1, 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. »), faisant ressortir ainsi un fort besoin de transparence et de réglementation sur la question des rétrocessions qui sont payées par le négociant en titre au gérant de fortune ou par le fournisseur de produits (placements collectifs ou produits structurés) au gérant de fortune ou à la banque dépositaire.

Dans un jugement plus récent, du 30 octobre 2012, le TF précise que les commissions d'état doivent également être qualifiées de rétrocession et, partant, être restituées aux clients :

« Les principes développés par la jurisprudence relative à l'obligation de restituer des ristournes ou rétrocessions s'appliquent aussi aux banques chargées de gérer la fortune d'un client lorsque, dans ce cadre, elles

acquièrent pour le client des parts de fonds de placement ou des produits structurés et que des commissions leur sont versées en contrepartie de la commercialisation de ces valeurs ... Le Tribunal fédéral a aussi décidé que l'obligation de restituer, inhérente au contrat de mandat, s'étend également aux commissions que la banque reçoit de sociétés qui lui sont liées au sein d'un groupe. »

Si ces deux jugements concernent la clientèle privée, ils ont également des implications pour toutes les caisses de pension et ont été suivis de près par les deux caisses, qui ont suivi les recommandations émises par l'ASIP (voir circulaires de l'Association Suisse des Institutions de Prévoyance N° 74 d'août 2008 et N° 92 de novembre 2012).

Etat des lieux pour la CIA et la CEH

Les mandats de gestion octroyés par les deux caisses, spécialisés sur une catégorie d'actifs, sont investis directement en actions et obligations, à l'exclusion de fonds de placement et de produits structurés. Ce mode de gestion directe exclut les rétrocessions sur commission de gestion car il n'y a pas d'intermédiaire.

Lorsque les caisses investissent dans des fonds de placement, elles procèdent généralement elles-mêmes à la sélection. De fait, il n'y a pas de délégation de l'activité de sélection de fonds de placement et de produits structurés à des établissements qui pourraient à ce titre recevoir des indemnités/rétrocessions sur commissions de gestion pour leur activité de distribution.

La recherche de gérant peut certes être déléguée ponctuellement à des consultants financiers, mais les caisses négocient elles-mêmes le contrat final et les conditions tarifaires, et maîtrisent de fait les aspects liés aux rétrocessions.

Les investissements des deux caisses peuvent être réalisés par le biais de différents véhicules de placement qui, en matière de traitement des rétrocessions, appellent les commentaires ci-après (points 2.1 à 2.4). Parmi les prestataires de services financiers également concernés par la problématique figurent la banque dépositaire (point 2.5) ainsi que les consultants financiers (point 2.6).

Mandats de gestion

Les mandats indiciaires ont un univers d'investissement précisé contractuellement, leur interdisant d'investir dans des fonds de placement ou des produits structurés, ce qui ne laisse pas de place au paiement de rétrocessions sur commissions de gestion.

Pour les mandats actifs, soit ils sont investis uniquement dans des instruments financiers directs (actions ou obligations), soit une clause du contrat prévoit que le gérant s'engage à rétrocéder tout avantage financier perçu de tiers dans le cadre de l'exercice du mandat de gestion.

Fonds de placement

Les commissions de gestion sont négociées directement avec les gérants, et deux cas de figure peuvent se présenter :

La commission de gestion est facturée directement aux caisses, séparément du fonds (investissements dans des « parts Z » réservées aux investisseurs institutionnels). Cette pratique ne donne pas lieu au versement de rétrocessions.

Une facturation standard de la commission de gestion est faite au sein du fonds (en déduction de la valeur nette d'inventaire), et des réductions peuvent être négociées de cas en cas, qui donnent alors lieu au paiement de rétrocessions versées directement aux caisses et non à un intermédiaire.

Il faut également signaler que les fonds de droit suisse sont soumis à la LPCC (loi féd. sur les placements collectifs de capitaux), dont l'article 21, alinéa 2, stipule que « Lors de l'acquisition ou de l'aliénation d'avoirs ou de droits, ils ne peuvent recevoir, pour leur compte ou pour celui de tiers, que les rétributions prévues dans les documents. Les rétrocessions et autres avantages doivent être crédités au placement collectif. »

Fonds institutionnel dédié

Le fonds institutionnel dédié est une structure de placement commune à plusieurs institutions publiques genevoises, recueillant les valeurs mobilières en monnaies étrangères et administrée par le dépositaire global commun aux deux caisses. Cette structure a permis de réaliser des économies substantielles.

Les commissions de gestion sont négociées directement avec les caisses qui investissent dans les différents segments. De surcroît, les contrats du fonds institutionnel dédié incluent systématiquement une clause interdisant

les rétrocessions et soft commissions (tarification du courtage incluant l'accès aux analyses du courtier).

Par ailleurs, il n'y a pas d'activité de distribution au sein du fonds qui pourrait donner lieu à une rémunération du distributeur.

Structures particulières

Les caisses ne sont pas investies dans des structures dites problématiques où les paiements de rétrocessions/indemnités sont courants : fonds de fonds (traditionnels et alternatifs), produits structurés, etc.

Banque dépositaire

La banque dépositaire effectue le travail administratif lié à la détention des avoirs déposés, dont la garde et la gérance administrative des titres, les opérations sur titres, la perception des revenus et l'exercice du droit de vote. Elle exécute les souscriptions/remboursements dans les fonds de placement et offre un service de courtage aux gérants des caisses.

Une négociation conjointe a été menée par les caisses il y a deux ans, qui a conduit à la sélection d'un dépositaire global unique. La question du traitement des rétrocessions a été réglée sur le plan contractuel, l'un des articles de la convention précisant ce qui suit :

« La banque ne perçoit à priori ni rétrocession ni commission de distribution de la part des prestataires externes pour son activité de banque dépositaire des actifs du Client. Si néanmoins une rémunération de tiers devait être perçue par la Banque dans le cadre de ses activités de dépositaire et/ou de trading en relation avec les Comptes, cette rémunération serait reversée au Client, sous déduction des frais administratifs de la Banque. »

La Banque, en sa qualité de Global Custodian du Client, applique des tarifs institutionnels et ne reverse aucune rétrocession au gérant du Client. »

Consultants financiers

Les caisses peuvent utiliser les services de consultants financiers pour le contrôle des résultats des gérants, pour le conseil en matière d'allocation ainsi que pour la sélection de gérants, ce dernier point exigeant en particulier de régler contractuellement le traitement des rétrocessions afin d'éviter tout conflit d'intérêt. Le choix des consultants est toujours validé par les comités respectifs dans les deux caisses.

Les contrats des caisses avec leurs consultants financiers précisent clairement dans leurs conditions qu'ils ne doivent pas retirer un avantage

matériel supplémentaire à la rémunération contractuelle, et que le cas échéant toute rémunération reçue d'un tiers dans le cadre de l'exercice du mandat sera reversée aux caisses.

Suivi et mesures à prendre

En résumé, la situation est bien maîtrisée et présente un faible risque en ce qui concerne les rétrocessions sur commissions de gestion.

Au regard de la circulaire d'information No 92 de l'ASIP, les actions planifiées par les caisses consistent essentiellement à formaliser le cadre contractuel et à vérifier la situation dans quelques cas marginaux (certains fonds de droit étranger notamment).

On ne peut toutefois exclure la possibilité que des rétrocessions aient été versées aux banques dépositaires sur la base des investissements en fonds de placement des caisses, même en l'absence de mandat de gestion les liant aux caisses, pour les années antérieures à l'entrée en vigueur du contrat de dépôt global mentionné sous le point 2.5.

Pour cette raison, après l'information donnée à leurs commissions financières en décembre dernier et en janvier, les caisses ont entamé une démarche qui va un peu plus loin que ce qui est strictement impliqué par la jurisprudence susmentionnée, en exigeant de la part de leur banque dépositaire une transparence totale en ce qui concerne les rétrocessions, y compris les commissions d'état et les indemnités liées aux activités de distribution pour les années qui ont précédé l'entrée en vigueur du nouveau contrat, puis le cas échéant en réclamant ces montants, en se référant aux arrêts du TF.

Les instances des caisses ont été tenues au courant de l'évolution du dossier, un dernier point de situation ayant été fait à la suite de l'arrêt du TF d'octobre 2012, et bénéficieront du suivi des actions entreprises par l'administration d'ici à cet été.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à prendre acte de la présente réponse.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
Charles BEER