

Rétrocessions

La rémunération des courtiers dans la prévoyance professionnelle

Le modèle de rémunération des courtiers actifs dans le domaine de la prévoyance professionnelle fait débat. On lui reproche notamment un certain manque de transparence. Pourtant, le devoir d'information du courtier semble au premier abord suffisamment étendu. C'est ici plutôt la mise en œuvre de la législation dans la pratique qui pose problème.

EN BREF

L'application aux courtiers de la jurisprudence relative à la restitution des rétrocessions pourrait créer une sanction civile suffisamment dissuasive pour assurer l'application correcte du devoir d'information.

Lors de la sélection ou du changement de solution de prévoyance professionnelle, nombreux sont les employeurs qui font appel aux services d'un courtier. Le rôle de celui-ci est de trouver l'institution de prévoyance collective ou commune la plus adaptée aux désirs et aux besoins de son client.

L'intérêt des employeurs de s'adresser à des intermédiaires pour les accompagner dans ce processus est incontestable vu la complexité et la diversité des offres du secteur, lesquelles évoluent dans un contexte juridique changeant. Le courtier, spécialiste possédant une vision complète du marché, est à même de recommander la solution de prévoyance la plus adéquate.

Toutefois, la particularité de la relation unissant l'employeur au courtier réside dans le modèle de rémunération. En effet, le courtier n'est habituellement pas rétribué par l'employeur mais par l'institution de prévoyance sélectionnée, qui lui rétrocède en principe un pourcentage des contributions annuelles dues à cette nouvelle affiliation (les rétrocessions). Généralement, le montant de la rétrocession due au courtier est fixé en pourcentage des cotisations, soit habituellement 4 à 8% de la prime de risque ou 2 à 3% de la prime d'épargne (ce dernier cas est désormais plus rare en pratique). Le courtier aura donc préalablement conclu avec plusieurs institutions de prévoyance une convention de collaboration qui fixe sa rémunération pour chaque apport de nouveaux affiliés.

Les relations juridiques et le conflit d'intérêts

Les relations contractuelles unissant le courtier à l'employeur comportent indéniablement des éléments essentiels du contrat de mandat (art. 394 ss CO).¹ Dès lors, l'art. 398 al. 2 CO, disposition cardinale prévoyant que le mandataire est responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat, est applicable au courtier. Concrètement, cela signifie que ce dernier doit présenter la solution de prévoyance la plus conforme aux intérêts et aux souhaits de son client, même dans l'hypothèse où l'institution de prévoyance en question ne le rétribue pas.

Ce modèle de rémunération crée donc un conflit d'intérêts certain, l'intermédiaire pouvant être tenté de privilégier les institutions offrant les rétrocessions les plus élevées et de les recommander à son mandant – l'employeur – en lieu et place de celles qui conviendraient le mieux aux intérêts de son client.

Rayan Houdrouge

Avocat, Associé responsable du groupe de droit du travail et de la prévoyance professionnelle, Lenz et Staehelin



Guillaume Gonczy

Avocat, Collaborateur membre du groupe de droit du travail et de la prévoyance professionnelle, Lenz et Staehelin



¹ Pour un résumé des opinions des auteurs suisse-alsaciens sur la qualification de ce contrat: Fuhrer Stephan, Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist, Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrocessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, HAVE/REAS, 02/2013, p. 107 ss. Certains auteurs qualifient toutefois cette relation de contrat d'entreprise: Kuhn Rolf, «Rétrocessions» à des courtiers en assurance – un voyage vers l'incertain, TREX 3/2010.

La solution du législateur

La solution trouvée par le législateur suisse pour éviter que ce conflit d'intérêts latent ne se matérialise est la création d'un devoir d'information à charge du courtier. Ainsi, l'art. 48k al. 2 OPP 2, fondé sur l'art. 53a let. b LPP et édicté dans le contexte de la réforme structurelle de 2010, prévoit que les personnes et institutions chargées du courtage d'affaires de prévoyance (les courtiers) doivent fournir, dès le premier contact avec leur client (l'employeur), des informations relatives à la nature et l'origine des indemnités qu'elles reçoivent en lien avec leur activité de courtage.² Les modalités de rémunération du courtier doivent impérativement figurer dans une convention écrite, remise notamment à l'employeur. Par ailleurs, l'art. 48k al. 2 OPP 2 prohibe l'acceptation par le courtier de rémunération dépendant du volume des affaires, de leur croissance ou des dommages subis. Ainsi, cette disposition ne supprime pas l'existence du conflit d'intérêts mais permet au mandant de le déceler facilement, puisque celui-ci sera en mesure d'analyser si la solution recommandée par son mandataire est motivée par la rémunération qui s'y rattache.

De façon étonnante, le non-respect du devoir d'information prévu à l'art. 48k al. 2 OPP 2 n'est pas sanctionné par la législation sur la prévoyance professionnelle.³ Cela est d'autant plus surprenant que le non-respect de l'art. 48k al. 1 OPP 2, qui prévoit des obligations similaires pour les personnes œuvrant dans la gestion de la fortune, est sanctionné par l'art. 76 par. 7 et 8 LPP. Cette lacune explique peut-être la mauvaise, voire la non-application de l'art. 48k al. 2 OPP 2

dans la pratique.⁴ En effet, il est courant que la convention de rémunération ne soit fournie que lors de la signature du contrat d'affiliation, et non dès le premier contact.

La jurisprudence sur la restitution des rétrocessions

En l'absence de toute sanction administrative, c'est peut-être le droit civil qui permettra d'imposer la transparence voulue par le législateur. En effet, l'art. 400 al. 1 CO, qui s'applique selon nous à la relation unissant le courtier en prévoyance professionnelle à son client, prévoit une obligation de rendre compte et de restitution de tout ce que le mandataire reçoit du chef de son mandat. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher plusieurs fois sur cette question dans le contexte de la gestion de fortune et a confirmé que les rétrocessions⁵ que perçoit le gérant de la banque dépositaire (mandataire) pour l'apport des fonds du client (mandant) sont en principe soumises à une obligation de restitution à ce dernier.⁶ Les juges de Mon Repos ont ultérieurement précisé qu'il est possible pour le client de renoncer contractuellement à la restitution, à condition qu'il ait été préalablement informé de manière complète et exacte sur l'ampleur et le mode de calcul des rétrocessions dans le cas concret, la charge de la preuve que l'information a valablement été effectuée incombant au mandataire (le gérant).⁷ Le délai de prescription des rétrocessions non restituées est de dix ans, dès le jour où le mandataire a reçu les rétrocessions.⁸

Plus récemment, le Tribunal fédéral a encore précisé que la violation de l'obligation de rendre compte prévue par l'art. 400 al. 1 CO, et, a fortiori la violation de

l'obligation de restitution, peuvent toutes deux fonder une responsabilité pénale pour gestion déloyale (art. 158 CP).⁹

Le possible devoir de restitution des courtiers

Même si la question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, de sérieux arguments plaident en faveur d'une application de l'obligation de restitution aux courtiers actifs dans la prévoyance professionnelle, dès lors que la relation qui les unit à leurs clients est à tous les moins assimilable à un contrat de mandat.

En effet, la ratio legis de l'art. 400 al. 1 CO est de pallier le risque de conflit d'intérêts que connaît tout mandataire rémunéré par un tiers dans le cadre de son mandat. Or, le conflit d'intérêts du gestionnaire de fortune, qui pourrait être tenté de privilégier le fonds qui lui offre la meilleure rémunération ou de multiplier les transactions, est à notre sens identique au conflit d'intérêts que connaît le courtier dans le contexte d'une nouvelle affiliation.

Certains auteurs excluent toutefois l'application de l'art. 400 al. 1 CO aux courtiers et affirment que le paiement de la rétrocession n'est pas effectué par un tiers, mais par l'employeur (le mandant), le versement ne faisant que transiter par l'institution de prévoyance.¹⁰ A notre sens, cet argument porte à faux car l'employeur n'effectue ses paiements qu'à titre de contributions de prévoyance. Il n'a aucun pouvoir sur le principe du versement de rétrocessions, et encore moins sur leur montant, étant précisé qu'il n'en a parfois même pas connaissance.¹¹

Un autre argument souvent avancé pour nier l'obligation de restitution

² La version française de l'art. 48k al. 2 OPP 2 fait allusion aux «indemnités (...) reçues» alors qu'au moment du premier contact avec son mandant, le courtier n'a en principe reçu aucune rémunération. Pour saisir la véritable portée de cet article, il faut se référer au texte allemand, formulé au présent.

³ Les autorités de surveillances, et notamment l'As-So, contrôlent toutefois le respect de l'art. 48k al. 2 OPP 2 par les institutions de prévoyance (voir questionnaire «Respect des articles 51b, 51c et 53a LPP» émis par l'As-So).

⁴ Reste ouverte la question de savoir s'il s'agit d'un oubli du législateur (lacune proprement dite) ou d'une omission volontaire (silence qualifié), étant rappelé qu'une application par analogie des dispositions similaires devrait être exclue en vertu du principe «nulla poena sine lege».

⁵ Le terme utilisé par les parties pour qualifier les rétrocessions (finder's fees, kick-backs, commissions, etc.) n'importe pas.

⁶ ATF 132 III 460.

⁷ ATF 137 III 393.

⁸ ATF 143 III 348; les potentielles conséquences financières pour les banques continuent de préoccuper ces dernières (voir p. 383 du rapport UBS 2017).

⁹ ATF 144 IV 294.

¹⁰ Kuhn Moritz, Les courtiers en assurances dans la prévoyance professionnelle, Tâches et rémunération, Prévoyance Professionnelle Suisse 07/14, p. 86 ss; Fuhrer Stephan, Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist, Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, HAVE/REAS, 02/2013, p. 107 ss.

¹¹ Dans le même sens: Uttinger Laurence, Les institutions de prévoyance peuvent-elles payer des courtages? Prévoyance Professionnelle Suisse 09/16, p. 35 ss.

consiste à partir du principe que le courtier assume une série de tâches qui sont légalement dévolues à l'institution de prévoyance. Une partie de sa rémunération serait donc due non pas à titre de rétrocession pour avoir apporté de nouveaux affiliés, mais pour son travail effectué à la place de l'institution de prévoyance.¹² Cependant, c'est à notre avis à l'employeur que les courtiers se substituent, dès lors que c'est à lui qu'incombe le choix d'une solution de prévoyance, notamment. Dans tous les cas, cela justifierait la non-restitution d'une part de la rétrocession uniquement.¹³

On pourrait encore soutenir que l'absence de sanction en cas de non-respect de l'art. 48k al. 2 OPP 2 est un silence qualifié voulu par le législateur, étant donné qu'une sanction spécifique est prévue en cas d'infraction à l'art. 48k al. 1 OPP 2. Néanmoins, dans la mesure où la jurisprudence sur les rétrocessions se base non pas sur la législation de droit public applicable à la prévoyance professionnelle mais sur les règles de droit privé du code des obligations, cet argument ne permet pas de soustraire les courtiers à l'obligation de restitution au sens de l'art. 400 al. 1 CO.

L'obligation de restitution des rétrocessions pourrait donc être applicable aux courtiers en l'absence de renonciation valable par les clients. L'impact financier potentiel n'est pas négligeable: les employeurs n'ayant pas formulé de renonciation valide aux rétrocessions pourraient en réclamer la restitution pour les dix années qui précèdent.

Conclusion

Les problématiques relatives aux rétrocessions n'ont probablement pas fini d'occuper notre Haute Cour. Si le devoir de restitution et ses limites semblent être désormais bien établis en matière de gestion de fortune, la jurisprudence fédérale ne s'est pas encore prononcée au sujet de son application à d'autres mandataires, tels que les courtiers en prévoyance pro-

fessionnelle. A supposer que le Tribunal fédéral confirme cette application, il sera encore nécessaire de se demander si l'employeur est libre de disposer du montant des rétrocessions restituées, ou s'il est obligé de l'affecter à un but de prévoyance, par exemple en le réinjectant dans son institution de prévoyance.

Par ailleurs, la potentielle obligation de restitution du mandataire ne devrait pas se limiter aux courtiers impliqués dans la relation entre l'employeur et l'institution de prévoyance, mais pourrait également s'étendre à d'autres intermédiaires du secteur, en particulier aux courtiers en réassurances des risques, qui font office d'intermédiaires entre les compagnies d'assurance et les institutions de prévoyance.¹⁴

Il y a ainsi fort à parier que le Tribunal fédéral sera encore amené à se prononcer sur la question de la restitution des rétrocessions, ce qui pourrait entraîner un changement du modèle de rémunération des courtiers, mais également d'autres intermédiaires du secteur de la prévoyance professionnelle, notamment les courtiers en réassurance des risques ou les gestionnaires de patrimoine immobilier. ■

¹² Kuhn Moritz, Les courtiers en assurances dans la prévoyance professionnelle, Tâches et rémunération, *Prévoyance Professionnelle Suisse* 07/14, p. 86 ss.

¹³ Voir également: Uttinger Laurence, Les institutions de prévoyance peuvent-elles payer des courtages? *Prévoyance Professionnelle Suisse* 09/16, p. 35 ss.

¹⁴ Les chantiers législatifs en cours (et plus particulièrement l'avant-projet de nouvelle Loi sur la surveillance des assurances et le projet de nouvelle Loi sur le contrat d'assurance) semblent d'ailleurs codifier la jurisprudence relative aux rétrocessions.

Ce sujet, qui fait l'écho de travaux législatifs en cours, était le thème d'une séance d'information organisée par inter-pension le 20 novembre 2019 à Lausanne. L'Association Suisse des Institutions de Prévoyance (ASIP) a d'ailleurs récemment publié des circulaires d'information portant sur ce sujet (n° 108 18/10/2017 et n°113 6/11/2018).