
La rémunération des intermédiaires (courtiers) dans la prévoyance professionnelle

Rayan Houdrouge, Associé, Lenz & Staehelin

Séance d'information Inter-Pension

Lausanne, le 20 novembre 2018

Table des matières

1. Introduction
2. Relations contractuelles
3. Obligation de fidélité
4. Obligation d'information
5. Obligation de restitution
6. Conclusion

1. Introduction

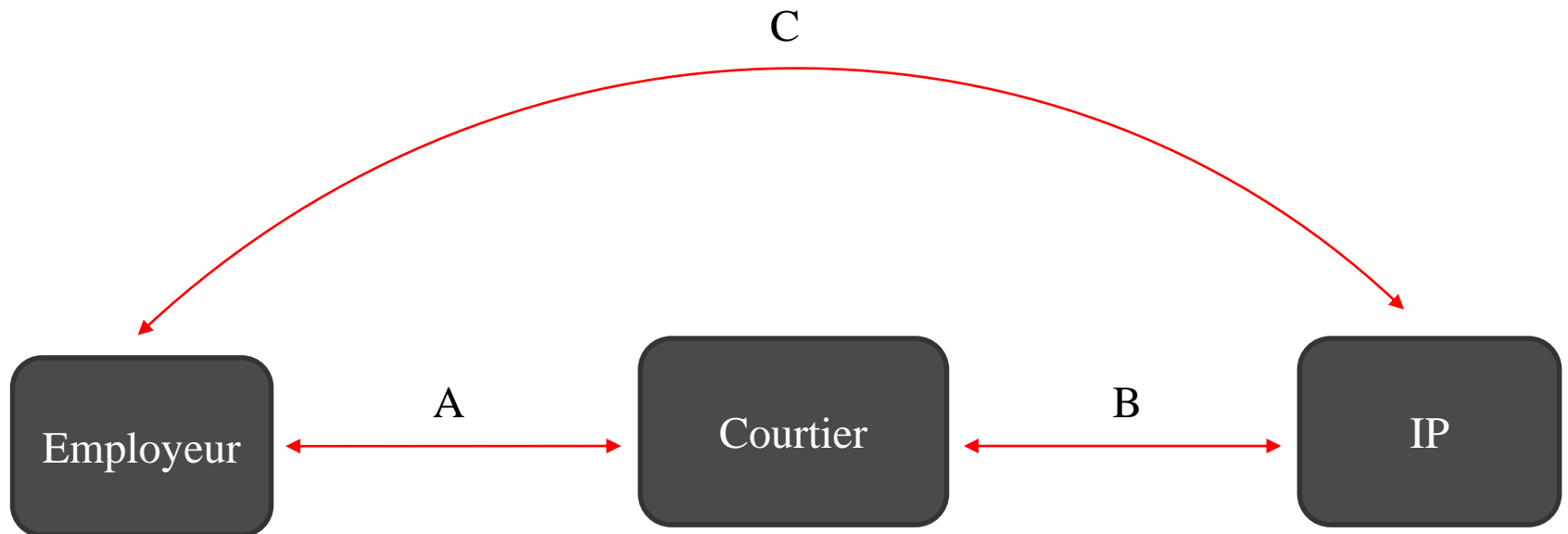
› **Contexte**

- Système complexe
- Marché diversifié
- Cadre juridique évolutif

› **Problématiques**

- Inefficiences du système
- Conflit d'intérêts
- Opacité des rémunérations

2. Relations contractuelles



- A.** Contrat de courtage en assurance (employeur – courtier)
- B.** Contrat de collaboration (courtier – IP)
- C.** Contrat d'affiliation (employeur – IP)

2. Relations contractuelles

A. Contrat de courtage en assurance (employeur – courtier)

- › Contrat innommé
- › Éléments du contrat de mandat, mais aussi d'entreprise et d'agence
- › Certaines règles du mandat applicables, notamment l'art. 398 al. 2 CO (bonne et fidèle exécution). *Quid* de l'art. 400 al. 1 CO (obligation de restitution) ?

B. Contrat de collaboration (courtier – IP)

- › Contrat innommé
- › Éléments du contrat de mandat, mais aussi de courtage
- › Fixe la rémunération du courtier

C. Contrat d'affiliation (employeur – IP)

- › LPP et de ses ordonnances d'application

3. Obligation de fidélité – Droit suisse

- › **Obligation de bonne et fidèle exécution du mandat** (art. 398 al. 2 CO)
 - Vis-à-vis de l'**Employeur**
 - Trouver et proposer la solution de prévoyance la plus avantageuse
 - Vis-à-vis de l'**IP**
 - Trouver et proposer de potentiels nouveaux affiliés

- › "*Le courtier en assurance défend **exclusivement les intérêts du client** dont il est le représentant*" (Profil de la profession Courtier en assurance suisse et Code de conduite SIBA)

- › Eventuel conflit d'intérêts ?

3. Obligation de fidélité – Droit européen

- › **Directive (UE) 2016/97 sur la distribution d'assurances (refonte) (DDA)**
 - Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018
 - Contient un **grand nombre de règles** concernant les obligations des "*distributeurs d'assurances*" (incl. les intermédiaires)

- › **Obligation de fidélité** (not. art. 17 & 20 DDA)
 - Devoir d'honnêteté, d'impartialité et de professionnalisme, au mieux des intérêts du client
 - Interdiction de percevoir une **rémunération allant à l'encontre de l'intérêt du client**
 - Devoir de fournir des **informations objectives et cohérentes** avec les exigences et besoins du client

4. Obligation d'information – Droit suisse

› Art. 53a let. b LPP

- Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur
 - L'admissibilité des avantages financiers obtenus par des personnes en relation avec une activité qu'elles exercent pour une IP
 - L'obligation de ces personnes de déclarer ces avantages financiers

› Art. 48k al. 2 OPP 2

- *"Les personnes externes et les institutions chargées du courtage d'affaires de prévoyance fournissent, dès le premier contact avec leur client, des informations sur la nature et l'origine de toutes les indemnités qu'elles ont reçues pour leur activité de courtage. Les modalités de l'indemnisation sont impérativement réglées dans une convention, qui est remise à l'institution de prévoyance et à l'employeur. Il est interdit de verser ou d'accepter d'autres indemnités en fonction du volume des affaires, de leur croissance ou des dommages subis."*

4. Obligation d'information – Droit suisse

› **Obligations d'information selon l'art. 48k al. 2 OPP 2**

- Nature et origine de la rémunération
- Dès le premier contact avec le client
- Convention écrite impérative

› **Sanctions**

- Aucune sanction prévue dans la LPP ou l'OPP 2
- Sanctions sur la base du CO et/ou du CP ?

4. Obligation d'information – Droit européen

- › **Obligation d'information et de transparence** (not. art. 18, 19 & 23 DDA)
 - Informations à fournir par l'intermédiaire (notamment)
 - S'il agit ou travaille exclusivement pour le compte d'une ou plusieurs assurances
 - S'il fonde ou non ses conseils sur une analyse impartiale et personnalisée
 - Sur la nature et les modalités de sa rémunération (honoraires, commission, autre)
 - "*En temps utile avant la conclusion du contrat*"
 - **Par écrit**, de manière claire, précise, compréhensible et gratuitement

- › **Sanctions** (art. 31-36 DDA)
 - Devoir des États membres de **veiller à ce que des sanctions puissent être imposées**
 - Il doit pouvoir être imposé **au moins les sanctions suivantes**
 - Injonction ordonnant de mettre un terme au comportement en cause et interdisant de le réitérer
 - Retrait de l'immatriculation (art. 3 DDA)

5. Obligation de restitution – Gérants de fortune

- › **Obligation de rendre compte et de restitution** (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.*"

- › **Application aux gérants de fortune**
 - L'obligation de rendre compte et de restitution s'étend aux rétrocessions perçues dans le cadre de l'exécution du mandat
 - Une **dérogation contractuelle** :
 - Le mandant a été **informé** de manière complète et exacte de l'existence des rétrocessions, de leur ampleur et de leur mode de calcul
 - Il a **expressément renoncé** à la restitution de ces montants

5. Obligation de restitution – Gérants de fortune

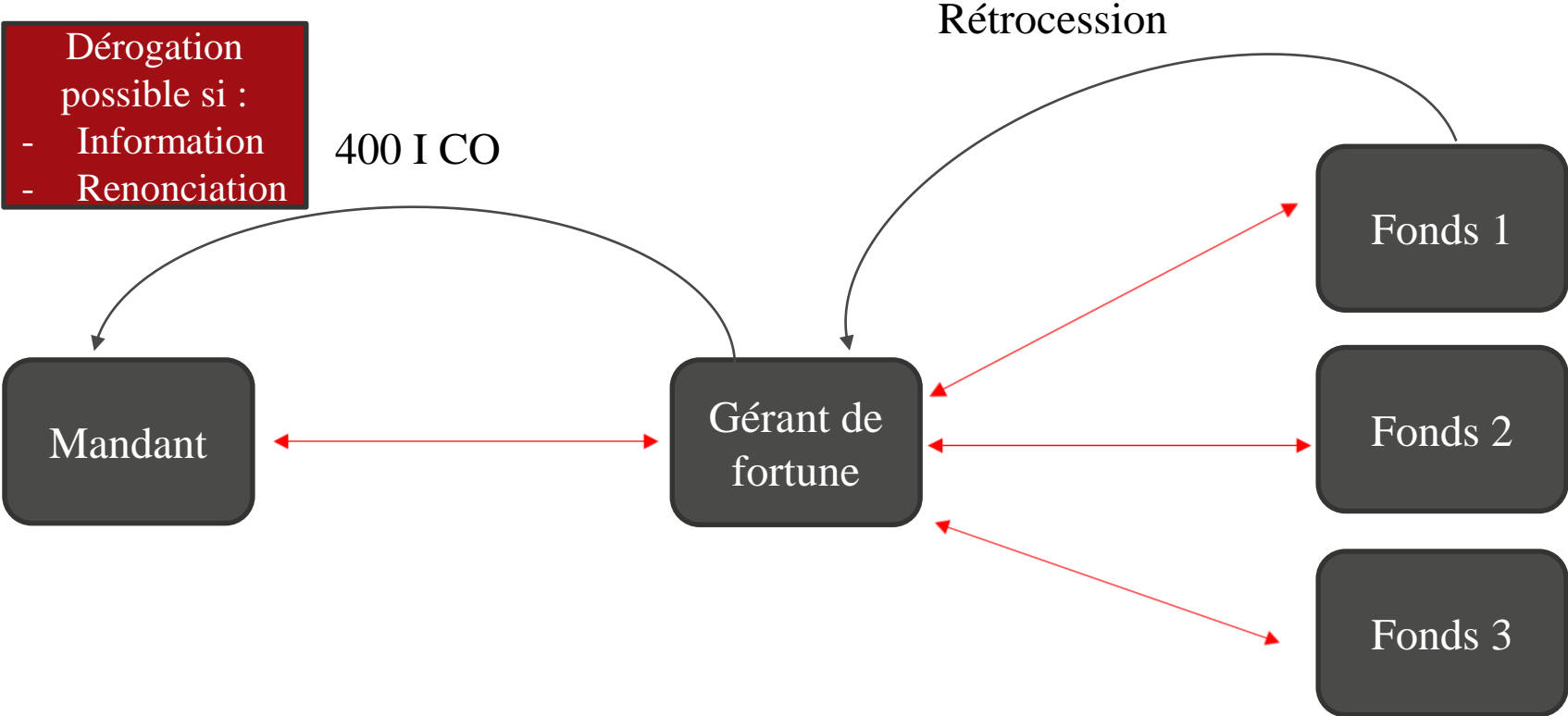
› Prescription de l'action en restitution

- 10 ans dès la réception des rétrocessions
- Point de départ: chaque réception d'un montant

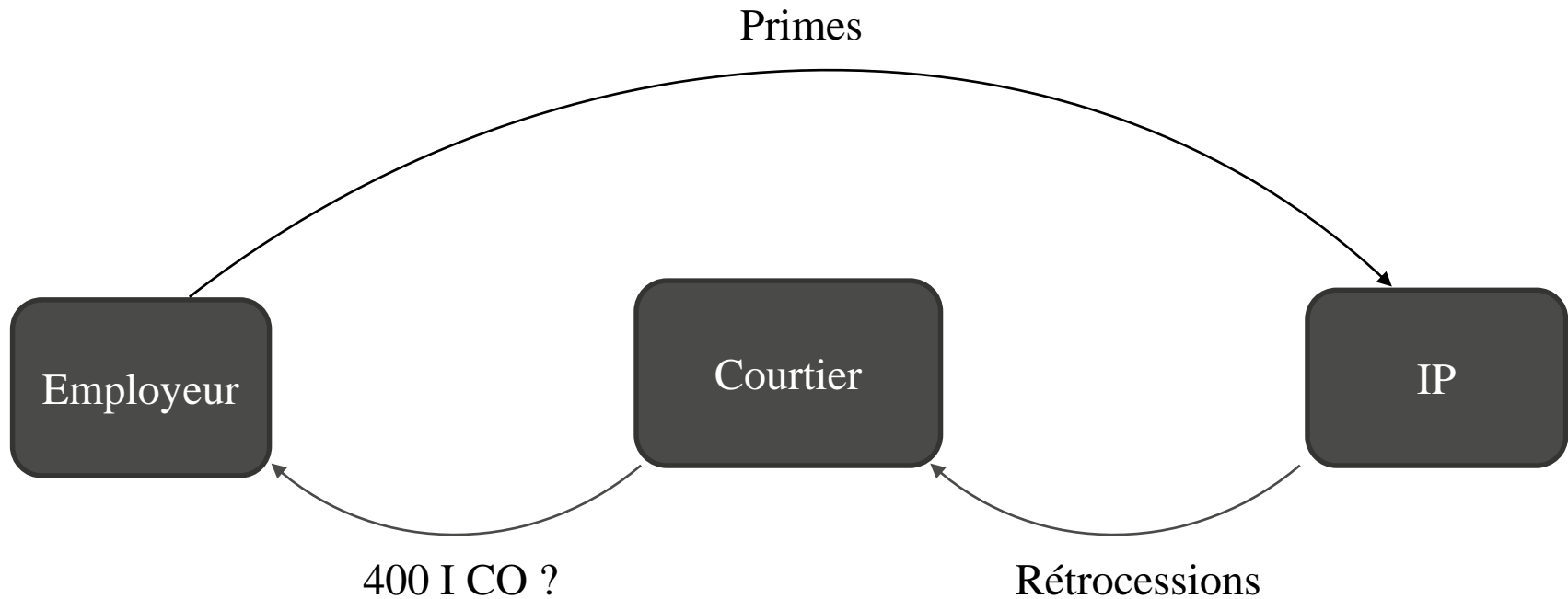
› Sanctions pénales

- Art. 76 par. 7 LPP
- Dans un cas particulier, le TF a estimé que la violation de l'obligation d'**information** et/ou de **restitution** était constitutive de **gestion déloyale** au sens de l'art. 158 ch. 1 CP (TF 6B_689/2016 du 14.08.2018)

5. Obligation de restitution – Gérants de fortune



5. Obligation de restitution – Courtiers ?



5. Obligation de restitution – Courtiers ?

› Principes définis par la jurisprudence

- Applicables à tous les **mandats** (ou contrats assimilables)
- En cas de paiement reçu de **tiers**

› TF n'a pas encore tranché la question de l'applicabilité aux courtiers

› Doctrine partagée

- Art. 400 al. 1 CO pas applicable, notamment car :
 - **Pas le paiement d'un tiers**, donc pas d'une rétrocession
 - Comparaison avec 48k al. 1 OPP 2, qui prévoit explicitement la restitution : **silence qualifié ?**
- Art. 400 al. 1 CO applicable, notamment car :
 - Problème du **conflit d'intérêts** (raison d'être de l'art. 400 al. 1 CO) **identique à celui du gérant de fortune**

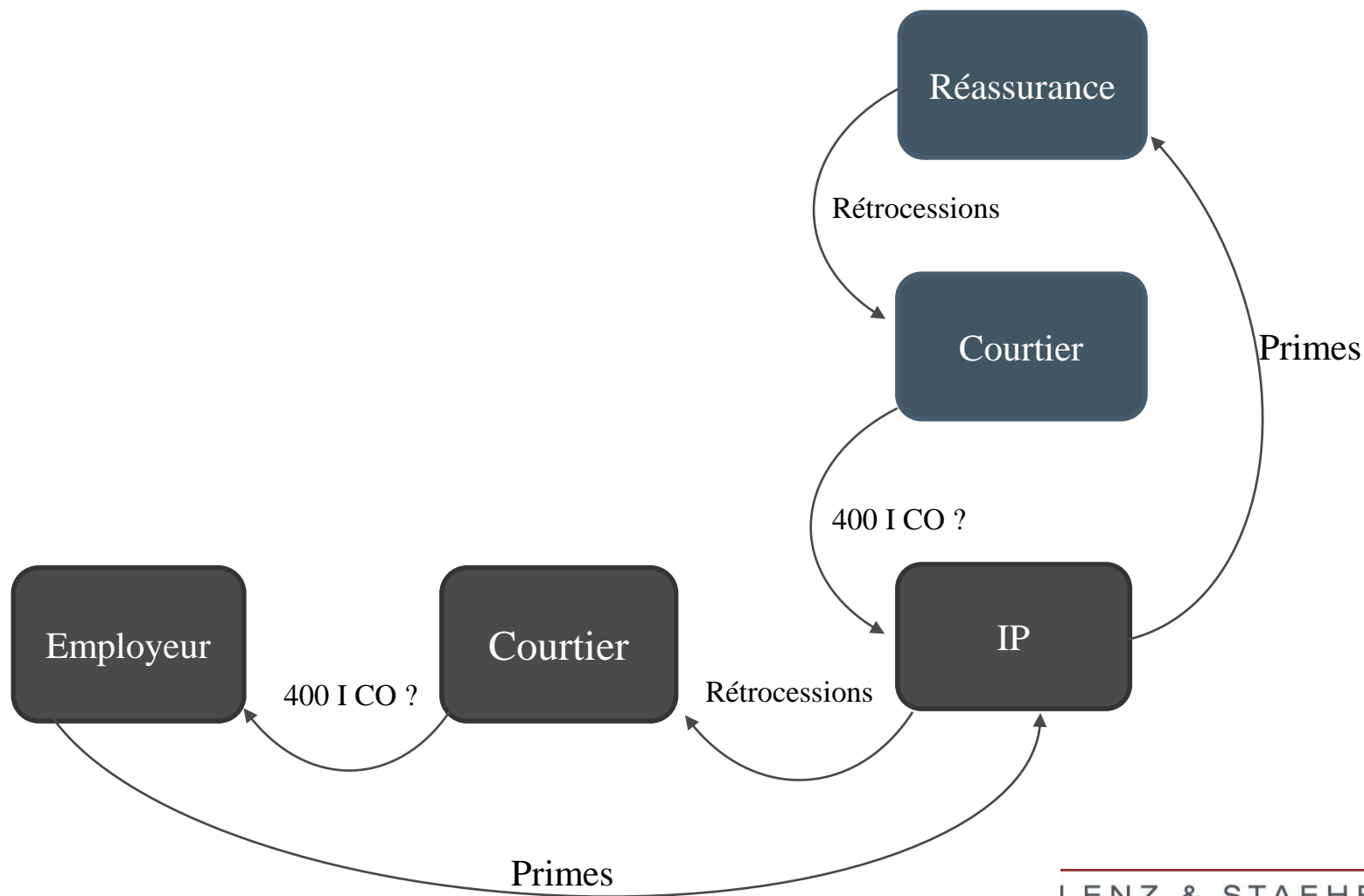
5. Obligation de restitution – Autres intermédiaires ?

› Gérances immobilières

› Courtiers en réassurance des risques

- Obligation de fidélité
 - Contrat de courtage en assurance, règles sur le mandat applicables
- Obligation d'information
 - Art. 45 LSA, art. 48k al. 2 OPP 2 ?
- Obligation de restitution
 - Principe de diligence fiduciaire (art. 51b al. 2 LPP) : le Conseil de fondation devrait-il réclamer les rétrocessions auxquelles il n'a pas dûment été renoncé ?

5. Obligation de restitution – Autres intermédiaires ?



6. Conclusion

- › **Courtiers nécessaires et indispensables**
- › **Problème de transparence**
- › **Eventuelles solutions**
 - **Nouveau modèle de rémunération ?**
 - Paiement direct par le mandant selon travail effectif (honoraires)
 - Interdiction des paiements indirects (rétrocessions)
 - **Renforcement du modèle de rémunération actuel ?**
 - Application effective de l'art. 48k al. 2 OPP 2
 - Application de la jurisprudence sur la restitution des rétrocessions
 - Modifications législatives (cf. art. 26 P-LSFin, art. 45a P-LSA)

The logo consists of a dark blue rectangular background. A thin red horizontal line is positioned above the text. The text "LENZ & STAEHELIN" is centered in a white, uppercase, sans-serif font.

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com