

JURISTES & FISCALISTES

Rétrocessions: la gestion déloyale, un nouvel écueil?

KÖSTENBAUM
 & Associés

...article de Me Cedric Berger & Louis Muskens, www.kbbb.ch

Introduction

Le Tribunal fédéral se prononça à diverses reprises déjà sur la tristement célèbre question des rétrocessions et jugea que celles-ci appartenaient au client et que le mandataire était tenu à restitution en vertu de l'art. 400 al. 1 CO [Voir notamment: ATF 132 III 460; ATF 137 III 393; ATF 138 III 755].

Il était toutefois loin de se douter des conséquences que cette jurisprudence aurait sur le plan pénal. Ce n'est que dans un arrêt récent, TF 6B_845/2014 du 16 mars 2015, qu'il eut l'occasion de se prononcer sur la qualification pénale, sous l'angle de la gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP, de cette pratique jadis courante.

I. Les faits

Ledit arrêt est né du complexe de fait suivant:

Un gérant de fortune indépendant se vit nommer tuteur d'une personne fortunée, en raison de ses qualifications professionnelles. Il s'agissait en effet de lui confier la maîtrise du patrimoine financier de son pupille, incapable de le gérer lui-même.

Prenant sa charge au sérieux, il répartit la fortune de son pupille dans divers établissements bancaires et géra celle-ci sans que sa gestion en elle-même n'appelât de critiques particulières.

Il perçut ainsi à la fois des commissions d'apporteur d'affaires et des rétrocessions (*ci-après, ensemble: les «rétributions»*), pour un montant total de CHF 109'268.60.

Le gérant de fortune conserva les rétributions ainsi perçues sans en informer l'autorité tutélaire et en l'absence de toute renonciation formelle à leur restitution.

Accusé de faux dans les titres et de gestion déloyale, le gérant de fortune fut acquitté en première instance sur le plan pénal mais condamné à restituer la somme de CHF 109'268.60, avec intérêts à 5% l'an dès le 11 juillet 2008, et à s'acquitter d'une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure.

Saisie des appels du Ministère public et du gérant ainsi que d'un appel joint de l'exécuteur testamentaire désigné à la suite du décès du pupille, la Cour d'appel condamna le gérant à une peine privative de liberté d'un an avec sursis pendant deux ans ainsi qu'à une peine pécuniaire immédiate de 90 jours-amende à CHF 150.- l'unité pour gestion déloyale aggravée. Sur le plan civil, il fut condamné, par l'intermédiaire de sa société, au remboursement des rétributions perçues.

Le Tribunal fédéral confirma, au terme d'un jugement détaillé, la sentence pénale prononcée à l'encontre du gérant.

II. La gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP

L'infraction de gestion déloyale prévue par l'art. 158 ch. 1 CP punit celui qui est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés. Il en va de même du gérant d'affaires sans mandat.

La peine encourue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Dans les cas où l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans.

La commission de cette infraction intentionnelle suppose essentiellement la réalisation de trois éléments constitutifs objectifs.

A. Auteur

L'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP est un délit spécial, soit un délit qui ne peut être commis que par des personnes revêtant certaines qualités. En l'occurrence, il faut être tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui, de veiller sur leur gestion ou d'agir en tant que gérant d'affaires sans mandat.

Est considéré comme gérant au sens de cette disposition celui qui gère le patrimoine d'un tiers, dans l'intérêt de ce dernier, en jouissant d'une grande autonomie et en étant précisément tenu de sauvegarder les intérêts pécuniaires de ce tiers, lesquels revêtent une certaine importance [NIGGLI Marcel Alexander, in: Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar – Strafrecht II Art. 111–392 StGB, 3e éd., Bâle 2013* (citée: «AUTEUR-BSK3»), ad art. 158 CP no 14 ss].

Un gérant de fortune indépendant répond parfaitement à cette définition. En vertu du mandat de gestion passé avec son client, le gérant de fortune s'engage à gérer le patrimoine de son mandant dans l'intérêt de ce dernier, qui lui laisse pour ce faire une grande autonomie. Les intérêts en jeu sont inévitablement d'une certaine importance, au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral très large en la matière [Voir à ce sujet: NIGGLI-BSK3, ad art. 158 no 51 et références citées, soit notamment ATF 86 IV 12].

JURISTES & FISCALISTES

Rétrocessions: la gestion déloyale, un nouvel écueil?

KÖSTENBAUM
& Associés

...article de Me Cedric Berger & Louis Muskens, www.kbbb.ch

B. Violation d'une obligation liée à la gestion confiée

L'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP suppose en outre la violation d'une obligation liée à la gestion confiée.

Le comportement délictueux consiste à violer le devoir de gestion ou de sauvegarde. Une violation ne peut être établie qu'une fois le contenu dudit devoir déterminé à l'aune des rapports juridiques liant le gérant au titulaire des intérêts pécuniaires qu'il administre.

En ce qui concerne les gérants de fortune indépendants, il convient de s'intéresser en particulier au mandat de gestion qui les lie à leurs clients.

Rappelons qu'aux termes de l'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.

C. Dommage

La notion de dommage est définie de manière similaire s'agissant de la gestion déloyale que pour l'ensemble des infractions contre le patrimoine.

Elle peut consister en une diminution de l'actif, une augmentation du passif, une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif, mais également en une mise en danger du patrimoine si tant est qu'elle en diminue la valeur d'un point de vue économique [NIGGLI-BSK3, ad art. 158 CP no 127 ss].

III. Décision du Tribunal fédéral

Dans l'arrêt 6B_845/2014 précité, le Tribunal retint que le gérant de fortune revêtait la qualité de gérant au sens de l'art. 158 ch. 1 CP, tant en sa qualité de tuteur qu'en tant que gérant de fortune indépendant exerçant sa profession au sein d'une société membre de l'Association suisse des gérants de fortune.

Il argumenta en substance que le gérant, en sa qualité de gérant de fortune et en l'absence de renonciation explicite, était tenu de rendre compte de l'existence de rétributions et de restituer les sommes perçues à la personne dont il gérait la fortune. En sa qualité de tuteur, il lui incombait de recouvrer les créances de son pupille envers des tiers, y compris celles en restitution des rétributions perçues.

S'agissant du dommage, le Tribunal fédéral retint que le fait de ne pas avoir restitué à son pupille les rétributions perçues constituait

un dommage en rapport de causalité avec son comportement, se manifestant sous la forme d'une non-augmentation de son patrimoine.

Aussi, le Tribunal fédéral confirma-t-il la condamnation du chef de gestion déloyale aggravée au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 3 CP du gérant de fortune infortuné.

IV. Analyse

La problématique des rétrocessions naquit sur le fond de l'ATF 132 III 460 qui fit l'effet d'un coup de tonnerre dans les milieux financiers. Il faut dire que la pratique des rétrocessions et autres commissions d'apporteur d'affaires était très répandue, à tel point que nul ne pouvait soupçonner qu'elle serait remise en cause.

Les gérants pensaient certainement être arrivés au bout de leurs surprises, la foudre ne frappant jamais deux fois au même endroit. C'était sans compter la répercussion directe de la définition des obligations contractuelles du mandataire sur la qualification de ses actes sur le plan pénal.

En effet, comme nous l'avons vu plus haut, l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP renvoie au rapport juridique existant entre le gérant et son client pour déterminer s'il y a violation d'une obligation liée à la gestion confiée.

Dire que le gérant est tenu à restitution des rétributions perçues revient à dire que le gérant qui viole cette obligation commet potentiellement une gestion déloyale.

Le Tribunal fédéral évita soigneusement de trancher la question de savoir si la violation du devoir de restitution était à elle seule constitutive d'une gestion déloyale. En effet, c'est en se fondant sur la violation des obligations qui lui incombait en sa qualité de tuteur, et en particulier son obligation de recouvrer les créances de son pupille envers les tiers, que notre Haute Cour condamna le gérant.

Dans un *obiter dictum* des plus succincts, le Tribunal fédéral évoqua un arrêt rendu en matière de gestion déloyale. Il s'agissait du cas d'un employé ayant perçu un pot-de-vin qu'il n'avait pas restitué à son employeur en violation de l'art. 321b CO et donc de son contrat de travail [ATF 129 IV 124]. A cette occasion, le Tribunal fédéral jugea que la simple violation de l'obligation de restitution ne constituait pas à elle seule un acte de gestion déloyale [ATF 129 IV 124, consid. 4.1]. Il fallait encore, selon lui, que l'auteur adoptât un comportement dommageable aux intérêts patrimoniaux de son employeur, ce qui était le cas en l'espèce.

JURISTES & FISCALISTES

Rétrocessions: la gestion déloyale, un nouvel écueil?

KÖSTENBAUM
& Associés

...article de Me Cedric Berger & Louis Muskens, www.kbbb.ch

Se pose la question de savoir si cet arrêt rendu en matière de pot-de-vin encaissé par un employé s'applique au cas du gérant de fortune indépendant qui n'aurait pas restitué les rétributions perçues.

Les auteurs qui se penchèrent sur la question considèrent en majorité que l'arrêt rendu dans les cas du pot-de-vin s'appliquait également dans les cas des gérants. Aussi, la non restitution ne suffit pas, il faut par exemple qu'elle s'accompagne de la violation du devoir de rendre compte pour que le seuil de punissabilité soit atteint [TF 6B_845/2014 du 16 mars 2015, consid. 3.2.2; EMMENEGGER Susan, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Anlagerecht 2007 p. 59 ss, spéc. p. 99*; SCHUBARTH Martin, *Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung, Anlagerecht 2007 p. 169 ss, spéc. P.170*; ENGLER Marc, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive, ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, Der Schweizer Treuhänder 2010 p. 137, spéc. P.138*]. Le droit pénal ne doit être mis en œuvre qu'en ultime recours et non pour sanctionner des comportements simplement inadéquats.

Si l'avis de la doctrine à cet égard nous semble bien-fondé, en particulier en raison du fait que la perception de rétrocessions constituait une pratique courante et répandue, il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral n'énonce pas les conditions auxquelles le gérant de fortune qui conserverait des rétrocessions se rendrait coupable de gestion déloyale entretenant ainsi l'ambiguïté.

Or, ce comportement tombe potentiellement, à rigueur de texte, sous le coup de l'art. 158 ch. 1 CP qui est rédigé de manière particulièrement vague et donc sujet à interprétation par les tribunaux.

Compte tenu de ces éléments, une décision sanctionnant ce comportement pourrait tout à fait intervenir, raison pour laquelle il convient de se montrer particulièrement prudent et de respecter rigoureusement les obligations de rendre compte et de restituer. Ce d'autant plus que cette question ne concerne pas uniquement les rétrocessions à proprement parler, mais également les commissions, largement répandues, pas seulement dans le domaine bancaire d'ailleurs, d'apporteur d'affaires.

Conclusion

Pour conclure, nous ne pouvons que regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas saisi l'occasion qui se présentait à lui pour clarifier une problématique qui concerne la quasi-totalité des acteurs du secteur financier et plus particulièrement les gérants de fortune indépendants.

Ce d'autant plus que les gérants considéraient ces rétrocessions comme une part de leur rémunération. En soi, l'encaissement de celles-ci par les gérants ne venaient en rien diminuer le patrimoine du client, étant prélevées sur l'actif de la banque (*commissions d'apporteur d'affaires*) ou sur les frais facturés par la banque au client (*rétrocessions*). Le critère déterminant devrait rester celui de la bonne gestion, soit d'une gestion dans l'intérêt du client et non dans celui du gérant.

En attendant l'arrêt de principe qui viendra clarifier la situation, les gérants de fortune se consolent à l'idée qu'ils peuvent d'ores et déjà invoquer à leur soutien, dans le cadre d'une éventuelle procédure, l'arrêt TF 6B_845/2014, celui-ci mentionnant explicitement certains arguments en leur faveur.

Me Louis MUSKENS

Köstenbaum & Associés SA

www.kbbb.ch

louis.muskens@kbbb.ch



Après ses études de droit bilingues à l'Université de Fribourg, Me Louis Muskens a obtenu un certificat de spécialisation en matière d'avocature auprès de l'Université de Genève. Louis Muskens est actuellement avocat stagiaire en l'Etude Köstenbaum & Associés.



Me Cédric BERGER

Köstenbaum & Associés SA

www.kbbb.ch

cedric.berger@kbbb.ch

Suite à ses études de droit à Genève, Me Cédric Berger a obtenu un certificat de droit américain à l'Université de Berkeley puis un master à l'Université de Georgetown à Washington, D.C. Cédric Berger est avocat associé en l'Etude Köstenbaum & Associés et exerce son activité principalement dans le domaine du droit bancaire, du droit judiciaire, en particulier en matière commerciale et en droit pénal économique.