

ATF 142 IV 346 | TF, 21.09.16, 6B\_1203/2015\*

### Faits

L'associé d'une Sàrl active dans la gestion de fortune emploie un travailleur chargé d'acquérir des clients en les convainquant de placer de l'argent auprès de la société. L'employé contacte une personne qui a accepté d'investir USD 50'000.-. Le client reçoit régulièrement les extraits de compte et la performance de ses placements. Respectivement un et deux mois après le début des transactions, il fait des apports supplémentaires pour un total d'environ USD 230'000. En raison de la fréquence élevée des transactions (plus de 2'600 ordres en l'espace de 2,5 mois), le client doit payer plus de USD 160'000.- de commissions. A cela, s'ajoute encore une perte sur le marché, de sorte que l'investisseur perd quasiment l'entier de son argent.

Le ministère public ouvre une procédure contre l'associé-gérant pour gestion déloyale (art. 158 CP) et contre l'employé pour complicité de gestion déloyale. Le tribunal de première instance les reconnaît coupables. Ces derniers recourent au Tribunal cantonal qui les acquitte totalement. Le ministère public saisit alors le Tribunal fédéral qui doit déterminer les conditions de la gestion déloyale.

### Droit

Selon l'art. 158 CP, commet une gestion déloyale, « celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, 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 ».

La violation des devoirs porte sur toutes les obligations du gérant d'affaires visant à protéger le patrimoine du mandant ou du maître. Le juge doit apprécier l'existence d'une violation de manière *ex ante*. En l'espèce, le ministère public reproche au gestionnaire de fortune d'avoir commis un barattage, souvent appelé *churning* en anglais. Ce procédé financier consiste à passer des transactions sur les dépôts d'un client sans intérêt économique, dans le seul but de générer des commissions, des provisions ou des frais,

rendant ainsi illusoire la perception d'un rendement. Si le gestionnaire de fortune n'a pas convenu chaque transaction avec son client, notamment parce qu'il agit de manière discrétionnaire, le *churning* constitue typiquement une violation des obligations du mandataire. Objectivement, le *churning* suppose l'existence d'une activité excessive (*excessive trading*). A cet égard, le nombre de transactions est un indice déterminant qu'il faut apprécier selon la propension au risque du client.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral estime que le montant des transactions (variant entre USD 50.- et 90.-) s'inscrit dans la normalité. En revanche, il souligne le nombre élevé des ordres, à savoir plus de 2'600 en 2,5 mois. Pour couvrir les commissions découlant des ordres d'achat, le Tribunal fédéral constate que le gestionnaire de fortune aurait dû obtenir un rendement annuel de 2'400% du capital investi. Avec un tel *ratio*, il était irréaliste d'obtenir en plus un rendement de la fortune investie. D'ailleurs, la perte financière provient surtout des commissions (pour 73%) et non de l'évolution du marché (pour 27%). Par conséquent, le Tribunal fédéral estime que la seule raison qui poussait le gérant à investir de la sorte était de générer des commissions et non d'augmenter les chances de revenus de son client.

Le Tribunal fédéral examine ensuite le rôle des apports ultérieurs par le client et de la réception des extraits de compte en tant qu'éventuelle acceptation tacite de l'infraction pénale. A cet égard, le Tribunal fédéral admet que le fait d'avoir réinvesti de l'argent était déraisonnable. Cependant, il estime que la victime n'avait pas pour autant consenti à ce que son argent soit utilisé pour payer des commissions exorbitantes. En outre, dans la gestion déloyale, la faute de la victime n'a aucune importance, contrairement à l'escroquerie qui nécessite l'existence d'une tromperie astucieuse (cf. [art. 146 CP](#)). En ce qui concerne la réception des extraits de compte, le Tribunal fédéral considère que l'absence de réaction du client constitue tout au plus un consentement ultérieur. Or, un consentement qui permet de lever l'illicéité de l'infraction doit intervenir avant la réalisation de l'atteinte. En raison du pouvoir discrétionnaire du gestionnaire de fortune, un consentement du client n'existe généralement pas pour l'hypothèse d'un *churning*.

Partant, l'acquittement du gestionnaire de fortune et de l'employé enfreint le droit fédéral,

de sorte que le Tribunal fédéral admet le recours.

Proposition de citation : JULIEN FRANCEY, La gestion déloyale (art. 158 CP) et le churning, in: <https://lawinside.ch/328/>