

ATF 144 IV 294 | TF, 14.08.2018, 6B\_689/2016\*

*Le gérant de fortune a un devoir accru et qualifié de rendre compte (art. 400 al. 1 CO), propre à fonder une position de garant envers son mandant. De ce fait, s'il viole son obligation de rendre compte au client au sujet des rétrocessions il peut, selon les circonstances, se rendre coupable de gestion déloyale (art. 158 CP).*

## Faits

Suite à la crise des marchés financiers de 2007, un gérant de fortune dissimule les pertes subies par certains des patrimoines qu'il a sous gestion en adressant à ses clients des relevés de compte falsifiés. De plus, il liquide partiellement les avoirs investis de certains clients afin d'en rembourser d'autres.

La banque dépositaire prélève des commissions sur les avoirs des clients et les rétrocède partiellement au gérant. Celui-ci n'informe pas les clients de ces rétrocessions et rétributions, et il ne leur reverse pas non plus les sommes relatives.

Pour ces faits (et d'autres faits non résumés ici), le gérant est reconnu coupable d'abus de confiance, gestion déloyale, faux dans les titres, blanchiment d'argent avec circonstance aggravante et usage de faux fiscal.

En appel, le gérant demande à être acquitté des préventions de gestion déloyale et de blanchiment d'argent. Débouté, il forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, lequel doit se pencher sur la question de savoir si le fait pour un gérant de fortune de ne pas renseigner ses clients au sujet de l'existence et de l'étendue des rétrocessions, et de ne pas les restituer aux clients, constitue un acte de gestion déloyale.

## Droit

Le recourant ne remet pas en cause qu'en vertu de l'art. 400 al. 1 CO il aurait dû informer ses clients des rétrocessions et rétributions que la banque dépositaire lui versait, ainsi que les leur restituer. Toutefois, il conteste s'être rendu coupable de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP) du simple fait qu'il aurait violé ses obligations découlant du droit du mandat.

Le Tribunal fédéral rappelle qu'à elle seule, la violation d'un devoir de restituer une somme d'argent que le gérant reçoit d'un tiers n'est pas un acte de gestion déloyale ; il faut de plus que la somme reçue ait déterminé le gérant à un comportement contraire aux intérêts pécuniaires du maître et, par suite, dommageable à celui-ci. Cette influence des rétrocessions et rétributions n'est pas contestée en l'espèce.

Le Tribunal fédéral analyse ensuite les opinions doctrinales sur la question. Plusieurs auteurs estiment que le gérant de fortune qui tait à son client les prestations qu'il a reçues de la banque dépositaire commet un acte de gestion déloyale parce que le client n'est pas en mesure de réclamer au gérant la restitution à laquelle il peut prétendre, et subit de ce fait un dommage. D'autres auteurs, minoritaires, sont d'avis contraire et estiment que l'approche répressive est contraire au principe de la subsidiarité du droit pénal par rapport au droit civil, ou autrement inopportune.

Dans un arrêt du 4 juillet 2013, la Cour suprême bernoise a jugé que le silence du gérant constitue un acte de gestion déloyale. La jurisprudence fédérale a quant à elle déjà retenu que l'organe d'une société de fortune assume une position de garant envers les clients de la société, et que celer aux clients une information en violation du devoir de fidélité du mandataire peut s'inscrire dans une escroquerie commise par omission. Par analogie avec cette jurisprudence, le Tribunal fédéral considère que le devoir du mandataire de rendre compte est une obligation accrue ou qualifiée d'agir, dont la violation peut constituer un acte de gestion déloyale selon l'art. 158 ch. 1 CP. Cette obligation assure préventivement la protection des intérêts du mandant ; sans information, celui-ci n'est pas en mesure de contrôler l'activité du mandataire et de lui réclamer d'éventuelles sommes. L'effet de l'obligation de restituer dépend donc de la bonne exécution de l'obligation de rendre compte.

Le Tribunal fédéral se rallie ainsi à l'opinion majoritaire et considère qu'en l'espèce le gérant de fortune s'est rendu coupable de gestion déloyale .

Le recours est par conséquent rejeté.

Note

En qualifiant le devoir de rendre compte de devoir « *accru ou qualifié d'agir* », le Tribunal fédéral justifie son raisonnement par la présence d'une position de garant du gérant de fortune envers son client. Ceci découle de l'ATF 140 IV 11 consid. 2.4.2 cité par le Tribunal fédéral, à l'occasion duquel il a été considéré qu'un devoir contractuel d'agir ne fonde une position de garant que s'il s'agit d'une obligation accrue ou qualifiée d'agir (« *eine gesteigerte Verantwortlichkeit bzw. eine inhaltlich besonders qualifizierte Rechtspflicht zum Tätigwerden* »). La violation d'un tel devoir contractuel fondant une position de garant paraît donc être le lien entre la responsabilité civile et pénale du gérant.

Suite à cet arrêt, la question de la validité des clauses par lesquelles les clients renoncent d'avance à leur droit de restitution des rétrocessions acquiert d'autant plus d'importance. Pour rappel, la jurisprudence admet la possibilité d'une telle renonciation, pour autant que le client ait été renseigné sur (i) des paramètres essentiels de l'accord sur la base duquel les rétrocessions sont calculées et payées et (ii) sur le montant prévisible de celles-ci (ATF 137 III 393 c. 2.4-2.5).

Pour un commentaire de cet arrêt, cf. VILLARD Katia/HIRSCH Célian, Rétrocessions et gestion déloyale : ATF 144 IV 294 - Commentaire, in: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2019, vol. 91, n° 2, p. 238-245.

Proposition de citation : SIMONE SCHÜRCH, Rétrocessions : la violation du devoir de rendre compte en tant qu'acte de gestion déloyale, in: <https://lawinside.ch/654/>