

Rétrocessions et gestion déloyale

ATF 144 IV 294

Commentaire de Katia Villard et Célian Hirsch*

Table des matières

- I. Résumé de l'arrêt
 - 1. En fait
 - 2. En droit
- II. Commentaire
 - 1. La violation du devoir de rendre compte comme acte de gestion déloyale
 - 2. Bien-fondé de la distinction entre devoir de rendre compte et obligation de restitution
- III. La violation du devoir d'information au-delà des rétrocessions : du civil au pénal
- IV. Remarques conclusives

L'ATF 144 IV 294 rendu en été 2018 par la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral sonne probablement le glas d'une rémunération du gérant sous la forme de rétributions et rétrocessions versées par la banque dépositaire avec la bénédiction inconsciente du client. Dans ce cadre, il fait la part belle à l'obligation de reddition de compte du gérant, sous la forme d'un devoir de renseignement effectif et précis. De manière plus générale, cette jurisprudence interroge le rôle que doit se voir attribuer le droit pénal dans la bonne exécution des obligations civiles.

I. Résumé de l'arrêt

1. En fait¹

X. est l'actionnaire unique et directeur de la société de gestion de fortune Y. SA. Depuis 2005, cette dernière compte parmi ses clients A., qui est une personne âgée, et des membres de sa famille. En 2007, X. est devenu tuteur de A. Les patrimoines sous gestion ont subi des pertes que X. a dissimulées aux clients au moyen de relevés de compte falsifiés. Il a en outre procédé à des détournements de fonds au profit d'autres clients pour éponger les pertes subies par ces derniers.

La banque dépositaire a prélevé sur les avoirs des clients des commissions qu'elle rétrocédait partiellement à Y. SA, pour un total de CHF 270 542. Elle a également rétribué la société à hauteur de CHF 134 705 pour l'apport de la clientèle. X. n'a pas infor-

mé ses mandants de ces rétrocessions et rétributions qui ne leur ont (évidemment) pas été reversées.

Pour compléter le tableau de cette situation « pathologique »², X. a prélevé sur les avoirs de A. des honoraires de gestion largement supérieurs à ceux qu'il avait annoncés à la Chambre pupillaire, de même qu'il a procédé à des placements à risque qui ne rentraient manifestement pas dans la stratégie de placement approuvée par l'organe de tutelle.

En septembre 2015, le Tribunal du II^e arrondissement de Sierre condamne X. pour diverses infractions, dont la gestion déloyale, à une peine privative de liberté de plus de cinq ans, couplée avec une peine pécuniaire. Le Tribunal cantonal du Valais rejette l'appel de X. sur les questions de culpabilité mais réduit la peine d'un an et lève la peine pécuniaire. Le Tribunal fédéral rejette le recours de X. qui requerrait notamment son acquittement de l'infraction de gestion déloyale (art. 158 CP).

2. En droit

En premier lieu, le Tribunal fédéral effectue le détour nécessaire par l'obligation civile, qui incombait au recourant, de rendre compte et de restituer les sommes reçues à ses clients conformément à l'art. 400 CO.

Notre Haute Cour passe ensuite au plan pénal par le rappel de sa jurisprudence, approuvée par la doctrine majoritaire : « [à] elle seule, la violation d'un devoir de *restituer* une somme d'argent 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 »³. En l'espèce, le Tribunal fédéral relève qu'une telle influence n'a pas été constatée.

L'arrêt parcourt alors les opinions doctrinales relatives à la punissabilité, sous l'angle de la gestion déloyale, de la seule inobservation du devoir de *rendre compte*. Selon la doctrine majoritaire, l'art. 158 CP s'applique : « le gérant de fortune qui tait à son client, en violation de l'art. 400 CO, les prestations qu'il reçoit de la banque dépositaire commet un acte de gestion déloyale parce que le client, faute de l'information nécessaire, n'est pas en mesure de réclamer au

* Dr Katia Villard est poste-doctorante boursière FNS ; Célian Hirsch est doctorant au sein du Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève.

¹ Les faits sont repris de la version non publiée au Recueil officiel TF, 6B_689/2016 du 14 août 2018.

² Cf. Fischer Philipp, Gestion déloyale: Les rétrocessions sous l'œil du juge pénal, publié le 25 octobre 2018 par le Centre de droit bancaire et financier, <<https://www.cdbf.ch/1030/>>.

³ ATF 144 IV 294, consid. 3.1 (mise en italique ajoutée).

gérant la restitution à laquelle il peut prétendre, et il subit de ce fait un dommage par non-augmentation de son actif»⁴. La doctrine minoritaire rejette une telle approche, l'argumentation s'articulant en substance autour du principe de l'*ultima ratio* du droit pénal⁵.

Le Tribunal fédéral se tourne ensuite vers la jurisprudence. Il mentionne premièrement un arrêt de la Cour suprême du canton de Berne, largement cité par la doctrine, et qui, au terme d'une analyse détaillée, applique l'art. 158 CP au gérant qui passe sous silence la réception de rétrocessions et les garde par devers-lui⁶. Il évoque deuxièmement l'une de ses propres décisions selon laquelle l'organe d'une société de gestion de fortune assume une position de garant envers les clients de celle-ci et la dissimulation d'informations en violation du devoir de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) peut être constitutive d'escroquerie commise par omission⁷. Raisonnant par analogie, le Tribunal fédéral admet que le devoir de reddition de compte de l'art. 400 CO fonde une obligation qualifiée d'agir dont l'inobservation peut réaliser l'infraction de gestion déloyale. La reddition de compte permet au mandataire d'exercer son droit à la restitution et joue en cela un rôle préventif dans la protection des intérêts du mandant⁸. Les devoirs de reddition de compte et de restitution ne doivent pas être mis sur le même pied ; bien plus, le respect – volontaire ou forcé – du second dépend de l'accomplissement du premier. Le Tribunal fédéral se rallie dès lors à la position de la doctrine majoritaire et de la juridiction bernoise.

Dans un deuxième temps, l'arrêt rejette l'argument du recourant qui se prévalait d'une clause de renonciation à l'obligation de rendre compte et de restituer les rétrocessions litigieuses, contenue dans des contrats de mandat conclus avec deux des clients de Y. SA. À cet égard, il relève que X. ne conteste pas le défaut de validité de ces clauses mais invoque en

revanche avoir cru de bonne foi à une telle validité, les exigences concernant l'étendue de l'information à fournir au client ayant été posées par la jurisprudence pour la première fois en 2011. Le Tribunal fédéral indique cependant que de telles conditions ont été évoquées dans un arrêt de 2006 déjà, ce qui exclut qu'une erreur du recourant puisse entrer en considération à partir de cette date⁹.

Enfin, le Tribunal fédéral rappelle la qualité de tuteur du recourant et ses devoirs de diligence en découlant, qui comprennent notamment le recouvrement des créances dues par des tiers, en l'occurrence Y. SA, à son pupille. Il renvoie à cet égard à un arrêt de 2015 rendu dans des circonstances largement semblables à celles qui nous occupent et reconnaissant la responsabilité pénale du tuteur qui, malgré un conflit d'intérêts manifeste, gère les intérêts pécuniaires du pupille et garde pour lui les rétrocessions et rétributions reçues de la banque dépositaire¹⁰.

II. Commentaire

1. La violation du devoir de rendre compte comme acte de gestion déloyale

L'arrêt du 14 août 2018 est présenté comme une décision de principe qui tranche pour la première fois « la portée de l'art. 158 ch. 1 CP relativement aux rétrocessions qu'un gérant de fortune reçoit de la banque dépositaire »¹¹.

Le ver était cela étant déjà dans le fruit vu : 1) l'arrêt de la Cour suprême bernoise de 2013¹² ; 2) une décision de 2014, dont les rétrocessions n'étaient pas le sujet, mais dans laquelle le Tribunal fédéral insiste sur le devoir d'information effectif du gérant¹³ ; 3) l'arrêt de 2015, étant cependant précisé que cette décision s'appuyait principalement sur la qualité de tuteur du gérant¹⁴.

⁴ ATF 144 IV 294, consid. 3.2.

⁵ *Emmenegger Susan*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in *Anlagerecht*, Bâle 2007 p. 59, p. 99 ; *Tunik Daniel*, Suite du feuillet des rétrocessions dans le domaine bancaire et financier, in *Ordre des avocats de Genève* (édit.), *Regards de marathoniens sur le droit suisse – mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit »*, 2015 p. 427, p. 431.

⁶ Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, SK 2012 218 du 4 juillet 2013, consid. 2.3 s., p. 43 ss.

⁷ TF, 6S.23/2002 du 8 avril 2002, consid. 2c.

⁸ Cf. aussi CR CO I-Werro, 2^e éd., Bâle 2012, Art. 400 N 4.

⁹ Cf. *infra* II.1.1.

¹⁰ TF, 6B_845/2014 du 16 mars 2015.

¹¹ ATF 144 IV 294, consid. 3.2.

¹² Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, SK 2012 218 du 4 juillet 2013.

¹³ TF, 6B_967/2013 du 21 février 2014, consid. 3.2.1 dernier paragraphe ; sur cet arrêt, cf. *Tunik* (n. 5), p. 432–434.

¹⁴ TF, 6B_845/2014 du 16 mars 2015, consid. 3.2.3.

1.1 Les sources et limites de l'obligation d'informer

Le devoir d'information du gérant – en général – et son obligation de reddition de compte – en particulier – dans le domaine des rétrocessions sont au cœur de l'arrêt qui nous occupe.

Il convient dès lors de rappeler la jurisprudence civile du Tribunal fédéral relative, d'une part, aux rétrocessions, et, d'autre part, au devoir d'information du mandataire, avant d'examiner les conséquences pénales de la violation des obligations de *reddition de compte*, respectivement de *restitution* des rétrocessions¹⁵.

Dans son premier arrêt de principe de 2006, le Tribunal fédéral a considéré que le devoir de restituer prévu à l'art. 400 CO concerne tous les avantages indirects que reçoit le mandataire dans l'accomplissement du mandat, rétrocessions comprises¹⁶. Le client peut toutefois renoncer à la restitution s'il est informé de manière complète et exacte¹⁷. En 2011, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en indiquant que l'information doit porter sur l'ampleur et les bases de calcul des rétrocessions escomptées¹⁸. À défaut, la clause de renonciation n'est pas valable et le gérant ne peut donc s'en prévaloir pour ne pas informer son client des sommes perçues, respectivement pour ne pas les restituer.

Au-delà du domaine des rétrocessions, une obligation d'information du cocontractant peut résulter de diverses sources juridiques¹⁹. Dans le cadre du mandat, le mandataire doit notamment informer le mandant de tout ce qui est important pour ce dernier en lien avec le contrat (art. 398 al. 2 CO)²⁰. En matière bancaire, l'étendue de cette obligation va dépendre du type de relation contractuelle entre le client et la banque, ainsi que des circonstances du cas

concret, notamment des connaissances et de l'expérience du client²¹. Dans un contrat de gestion de fortune ou de conseil en placements, le mandataire supporte un devoir de renseignement – il doit aviser son client des risques quant aux investissements envisagés –, un devoir de conseil – il doit conseiller son client de manière appropriée quant aux différentes possibilités de placement – et un devoir d'avertissement – il doit mettre en garde son client contre des décisions prématurées²². Une telle obligation impose également au gérant de fortune de prendre contact avec ses mandants pour les prévenir de l'évolution défavorable de leur patrimoine, quand bien même ces derniers reçoivent leur décompte et ont la possibilité de consulter leur compte sur internet²³.

1.2 Les conséquences pénales de la violation du devoir de rendre compte

De nature délictuelle, l'art. 158 CP vise « [c]elui 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, [porte] atteinte à ces intérêts ou [permet] qu'ils soient lésés ». Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante qui érige le comportement en crime (et donc en infraction préalable au blanchiment d'argent).

Une gestion déloyale est réalisée aux conditions suivantes :

- l'auteur était chargé, notamment de par la loi ou un contrat, de gérer de manière autonome une part non négligeable du patrimoine du lésé ;
- il adopte un comportement qui viole ses devoirs liés à la gestion des intérêts pécuniaires qui lui ont été confiés ;

¹⁵ Cf. *infra* II.2.

¹⁶ ATF 132 III 460, consid. 4.1, JdT 2008 I 58.

¹⁷ ATF 132 III 460, consid. 4.2, JdT 2008 I 58.

¹⁸ ATF 137 III 393 consid. 2.4, JdT 2012 II 168 ; cf. art. 26 al. 2 LSFIn.

¹⁹ Comme le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), des normes légales expresses (art. 8 LSFIn ; art. 14 LPD), des règles professionnelles et déontologiques (Directives 2017 de l'ASB concernant le mandat de gestion de fortune, art. 16 ; Code suisse de déontologie de la FSA de 2012, art. 21), des circulaires de droit administratif (Circulaire de la FINMA 09/1, « Règles-cadres pour la gestion de fortune », Cm 22 ss) ou encore des dispositions contractuelles adoptées par les parties.

²⁰ CR CO I-Werro, 2^e éd., Bâle 2012, Art. 398 N 17.

²¹ Pour un rappel pédagogique de l'ampleur du devoir d'information en fonction du contrat (gestion de fortune, conseil en placements ou *execution only*), cf. TF, 4A_54/2017 du 29 janvier 2018, consid. 5.1–5.2.

²² ATF 124 III 155, consid. 3a), JdT 1999 I 125 ; TF, 4A_54/2017 du 29 janvier 2018, consid. 5.1.3 ; *Béguin Nicolas/Chappuis Benoît*, La responsabilité civile du gestionnaire de fortune, in Bizzozero Alessandro *et al.* (édit.), Le mandat de gestion de fortune, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 438, p. 451 ; *Thévenoz Luc*, Information, conseil, mise en garde : risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in Thévenoz/Bovet (édit.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 21 ss.

²³ TF, 6B_967/2913 du 21 février 2014, consid. 3.2.1.

- ce comportement cause un dommage patrimonial au lésé;
- l'auteur agit intentionnellement, à tout le moins par dol éventuel²⁴.

La première condition n'est ni contestée ni contestable. A. et les autres clients de la société Y. SA étaient liés à cette dernière par un contrat de gestion de fortune. Conformément à l'art. 29 CP, X., en sa qualité de directeur était un gérant au sens de l'art. 158 CP²⁵.

Les devoirs de gestion dont la transgression est sanctionnée par l'art. 158 CP ne sont pas définis par le droit pénal. Ils se déterminent au cas par cas, à l'aune des normes légales et contractuelles applicables dans la situation d'espèce²⁶. En l'espèce, nous nous rallions sans autre à la position de la doctrine majoritaire et du Tribunal fédéral²⁷: l'obligation du gérant de rendre compte, en l'occurrence sous la forme d'un devoir de renseignement, nous paraît un élément central de la nécessaire relation de confiance qu'emprunte au mandat le contrat de gestion de fortune²⁸. La violation de cette obligation « fausse la donne » en offrant au client une vision tronquée de la réalité dans le but de l'empêcher de faire valoir ses droits et, ainsi, trahit ses intérêts²⁹. L'inobservation du devoir de rendre compte s'analysant en une abs-

ention, le Tribunal fédéral souligne la position de garant (de protection)³⁰, au sens de l'art. 11 CP, du gérant de fortune à l'égard du patrimoine de son client³¹. Sur le plan dogmatique, le détour par la notion de garant n'était pas forcément nécessaire dès lors que l'art. 158 CP sanctionne expressément, sous la forme d'une omission proprement dite, le gérant qui « aura permis que [les] intérêts [du maître] soient lésés ». Néanmoins, la formulation semble davantage viser le cas de la lésion des intérêts par un tiers, plutôt que par le gérant lui-même. En pratique, les deux voies reviennent quoi qu'il en soit au même.

En ce qui concerne le dommage, sur lequel nous reviendrons plus avant sous II.2 *infra*, son existence n'était pas contestée, pas plus que le lien de causalité entre le préjudice et le comportement du gérant: en raison de la violation de l'obligation de rendre compte, le client se voit frustré du montant des rétrocessions, dès lors qu'à défaut d'en avoir connaissance, il ne peut les solliciter. C'est d'ailleurs bien pour cette raison que le gérant en tait l'existence³². Or, X. était non seulement tenu à la sauvegarde du patrimoine de son client mais également à son accroissement³³.

Enfin, s'agissant de l'élément subjectif, le Tribunal fédéral écarte l'argument du recourant qui se prévalait d'une erreur sur les faits au sens de l'art. 13 CP³⁴. Le gérant invoquait avoir cru de bonne foi à la

²⁴ Cf. notamment ATF 120 IV 190, consid. 2.b).

²⁵ ATF 144 IV 294, consid. 3, dernière phrase; cf. aussi ATF 142 IV 346, consid. 3.1, JdT 2017 IV 224; TF, 6B_845/2014 du 16 mars 2015, consid. 3.1; TF, 6B_967/2013 du 21 février 2014, consid. 3.1.

²⁶ TF, 6B_845/2014 du 16 mars 2015, consid. 3.2; TF, 6B_967/2013 du 21 février 2014, consid. 3.2; notamment CR CP II-Scheidegger/von Wurstemberger, Bâle 2017, Art. 158 N 45; BSK StGB-Niggli, 4^e éd., Bâle 2018, Art. 158 N 62; cf. aussi Capus Nadja, Wann ist riskantes Geschäften kriminell? – Zur Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts im Rahmen von Art. 158 Ziff. 1 StGB, RPS 2010 p. 258, p. 265; Tunik (n. 5), p. 433.

²⁷ ATF 144 IV 294, consid. 3.2 et les références citées.

²⁸ Contra Lombardini Carlo/Macaluso Alain, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, PJA 2008 p. 180, p. 193; en l'espèce, ces obligations à la charge de la société du prévenu étaient « indiscutables » (ATF 144 IV 294, consid. 3.1). L'obligation de rendre compte des rétrocessions est par ailleurs prévue à l'art. 26 LSFIn.

²⁹ Cf. Hiestand Eliane, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen im Vermögensverwaltungsgeschäft, thèse, Zurich 2014, p. 180; CR CP II-Scheidegger/von Wurstemberger (n. 26), Art. 158 N 44; ATF 86 IV 12, consid. 5; cf. aussi Capus (n. 26), p. 265.

³⁰ Sur la distinction entre garant de protection et garant de surveillance, cf. BSK StGB-Niggli/Muskens, 4^e éd., Bâle 2018, Art. 11 N 66.

³¹ Cf. aussi entre autres BSK StGB-Niggli (n. 26), Art. 158 N 125; Donatsch Andreas, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, RPS 1996 p. 200, p. 202 s.

³² Cf. Engler Marc, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive – Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, ST 2010 p. 137, p. 138.

³³ Cf. Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern, SK 2012 218 du 4 juillet 2013, consid. 2.3.a, p. 47; BSK StGB-Niggli (n. 26), Art. 158 N 61; Schwob Renate, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, RPS 2012 p. 121, p. 133.

³⁴ L'erreur sur les faits comprend en effet l'erreur sur un élément normatif constitutif de l'infraction, en l'espèce la validité au regard du droit civil de la clause de renonciation (cf. aussi Graf Damian K., Entscheidbesprechungen, 6B_689/2016 vom 14. August 2018, PJA 2018 p. 1421, p. 1427; Schubarth Martin, Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in Anlagerecht, Bâle 2007 p. 169, p. 170; Schubarth Martin, Die Bedeutung der neuen Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichtes für das Konzernstrafrecht, Jusletter, 17 décembre 2012, N 11;

validité de la clause de renonciation au devoir de rendre compte. Si l'arrêt de 2006 ne fixait pas – encore – de manière précise les modalités du devoir d'information du gérant³⁵, il en dessinait suffisamment les grandes lignes pour que le recourant ne puisse se réfugier derrière une clause forfaitaire dont les clients, visiblement inexpérimentés, n'avaient manifestement pas mesuré l'ampleur³⁶. Il n'est pour le surplus pas étonnant qu'au regard des circonstances du cas d'espèce, l'argument de la « bonne foi » du recourant n'ait pas convaincu le Tribunal fédéral (!).

En conclusion, c'est à bon droit que l'arrêt reconnaît X. coupable de gestion déloyale aggravée, le dessein d'enrichissement illégitime étant bien entendu réalisé³⁷.

2. Bien-fondé de la distinction entre devoir de rendre compte et obligation de restitution

L'arrêt qui nous occupe trace la distinction entre l'obligation de reddition de compte et le devoir de restitution. La violation de la première constitue à elle seule un acte de gestion déloyale. L'inobservation du second tombe sous le coup de la loi pénale seulement si la perspective de garder par-devers lui les rétrocessions détermine le gérant à conclure une affaire ou à effectuer des transactions non pas en fonction de l'intérêt du maître mais en considération du montant des prestations à percevoir et que ce comportement engendre un préjudice pour le client.

Comme exemple type on peut mentionner le cas d'un « barattage », soit le gérant qui procède massivement à des opérations sur le compte du maître dans le but de recevoir des rétrocessions, avec pour résultat des pertes (non justifiées par les risques du marché)

sur le patrimoine investi³⁸. Ou encore celui du gérant qui dépose l'argent de son mandant dans une banque plutôt que dans une autre, la première lui concédant une rétribution plus élevée pour l'apport de la clientèle alors même que la seconde offrait des conditions financièrement plus avantageuses pour le client.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre le propos du Tribunal fédéral selon lequel le non-respect de l'obligation de restitution est constitutif de gestion déloyale uniquement si le gérant a, en plus, adopté « un comportement contraire aux intérêts pécuniaires du maître et, par suite, dommageable à celui-ci »³⁹.

Cette dernière affirmation du Tribunal fédéral semble faire porter la distinction entre les violations des devoirs de rendre compte et de restituer sur le terrain du dommage. En d'autres termes, le seul refus de reverser les rétrocessions perçues n'engendrerait pas encore de préjudice pour le client, au contraire du silence du gérant quant à leur existence. Cette position revient à estimer que, dans le premier cas, le client ne subit pas de dommage puisque, dès lors qu'il est informé du versement des rétrocessions et rétributions, il est en mesure de faire valoir ses prétentions, au besoin par le biais d'une action civile, à l'encontre du gérant. Au contraire, dans le second cas, le dommage résiderait dans le fait que le client est *de facto* empêché de faire valoir sa créance pour la simple et bonne raison qu'il en ignore l'existence. Ce dernier raisonnement signifie que si le client devait être (immédiatement) informé par la banque du versement des rétrocessions au gérant, c'est une tentative de gestion déloyale, sous la forme du délit manqué, que ce dernier se verrait reprocher.

La différence d'approche sous l'angle du dommage apparaît également en filigrane dans plusieurs positions doctrinales⁴⁰, ainsi que dans la jurisprudence bernoise⁴¹. Pour d'autres auteurs en revanche, il semble évident que la non-restitution des rétroces-

Riedo Christof, Das Verschweigen von Retrozessionen als strafbare Vertragsverletzung, BR 2018 p. 358, p. 361. Sur la distinction entre erreur de fait et de droit, cf. notamment ATF 129 IV 238, consid. 3; TF, 6B_220/2015 du 10 février 2016, consid. 3.4.1; TF, 6B_63/2017 du 17 novembre 2017, consid. 3.1 ss, SJ 2018 I 253.

³⁵ Cf. *supra* II.1.1; Fischer (n. 2).

³⁶ Dans le même sens, Graf (n. 34), p. 1427; Schubarth, in Anlagerecht (n. 34), p. 170.

³⁷ Dans le même sens, Donauer Daniel/Härtsch Theodor, Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung, CJN, publié le 8 octobre 2018, N 19. À tout le moins quant au résultat, Graf (n. 34), p. 1426 s.

³⁸ Cf. sur la problématique du barattage, ATF 142 IV 346, consid. 3.3, JdT 2017 IV 224. La FINMA prohibe d'ailleurs expressément le procédé (cf. Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune », Cm 14).

³⁹ ATF 144 IV 294, consid. 3.1.

⁴⁰ Cf. Riedo (n. 34), p. 361 s.; Engler (n. 32), p. 138; Schubarth, in Anlagerecht (n. 34), p. 170; Schubarth, Jusletter (n. 34), N 8 s.; ambigu: BSK StGB-Niggli (n. 26), Art. 158 N 119 s., à lire en lien avec les considérations plus générales sur les notions de dommage, Art. 158 N 132a–133.

⁴¹ Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, SK 2012 218 du 4 juillet 2013, consid. 2.3.a, p. 47.

sions au client constitue un dommage, sous la forme d'une non-augmentation de son actif⁴².

Sans nous étendre de manière générale sur la délicate notion de dommage⁴³, nous nous rallions dans le cas qui nous occupe à la deuxième position : le dommage constitutif de gestion déloyale réside dans le non-versement des rétrocessions dues au client⁴⁴. En effet, si le gérant avait satisfait à son obligation de restitution, le patrimoine du client aurait été augmenté du montant des rétrocessions reçues. La perspective pour le maître de pouvoir récupérer son dû, que ce soit par le biais d'une action en justice ou en raison d'un « revirement comportemental » du gérant, n'est pas déterminante : un dommage temporaire suffit pour la réalisation de l'infraction⁴⁵. En d'autres termes : la créance (pour l'heure) illiquide du mandataire envers le mandant ne peut en aucun cas compenser la non-augmentation de son patrimoine. Si l'on pousse le raisonnement un pas plus loin, l'opinion contraire reviendrait d'ailleurs à ne jamais admettre de dommage dans le cas d'infractions contre le patrimoine puisque leur réalisation fait naître simultanément, en vertu de l'art. 41 CO, une créance du lésé à l'encontre de l'auteur. Il n'y a par ailleurs ici pas de raison de faire dépendre la notion de dommage de la question de savoir si la prétention du client contre le gérant trouve – également – sa source dans une obligation contractuelle.

Ce qui précède ne signifie toutefois pas que la seule violation du devoir de restitution doit déjà être considérée comme constitutive de gestion déloyale. Il y a en effet une différence de gravité entre la violation du devoir d'information et le (seul) non-reversement des rétrocessions qui, à notre sens, justifie dans le

premier cas, mais non dans le second, l'intervention du juge pénal⁴⁶.

Si le gérant rend correctement compte à son mandant des rétrocessions perçues mais nie lui en devoir le remboursement, le client est au clair avec la situation et peut en particulier faire valoir ses droits sur le plan civil. Le comportement du gérant ne saurait être considéré comme une véritable « trahison » des intérêts du maître. Il n'est finalement guère différent de tout autre débiteur qui, à tort, refuse de s'acquitter d'une dette qu'il a contractée sur la base d'une relation de confiance.

À ce stade, il convient toutefois de préciser que rares devraient être les cas dans lesquels le gérant satisfait à son obligation de reddition de compte mais refuserait simultanément de créditer le client du montant des sommes reçues. En pratique, il s'agirait de la configuration dans laquelle le contrat de gestion de fortune contiendrait une clause (non valable) qui ne porterait que sur la renonciation à la restitution des rétrocessions, mais non sur celle relative à l'obligation de rendre compte. Sur le plan de l'élément subjectif et au vu de la jurisprudence actuelle, le gérant ne pourrait certainement pas invoquer sa bonne foi quant à la validité d'une telle clause.

Certains auteurs estiment par ailleurs que la violation de l'obligation de restitution n'est pas liée à la gestion au sens de l'art. 158 CP, dès lors qu'elle concerne essentiellement la rémunération du gérant⁴⁷. Dans le cadre de sa jurisprudence civile, le Tribunal fédéral estime toutefois que le devoir de restitution, bien qu'il puisse constituer un devoir accessoire du contrat, reste un élément central du mandat de gestion exécuté dans l'intérêt d'autrui et est intimement lié au devoir de rendre compte, dont il représente la conséquence⁴⁸. En outre, l'obligation de restitution concrétise le devoir de fidélité du mandataire et prévient le risque de conflits d'intérêts⁴⁹. La jurispru-

⁴² *Emmenegger* (n. 5), p. 98; *Galliano Daniele/Molo Giovanni*, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, PJA 2012 p. 1766, p. 1774; *Graf* (n. 34), p. 1426; *Hiestand* (n. 29), p. 182 s. Dans ce sens également, CR CP II-Scheidegger/von Wurstemberger (n. 26), Art. 158 N 127.

⁴³ Cf. en particulier la thèse de *Maeder Stefan*, *Gefährdung – Schaden – Vermögen, Zum sogenannten Schaden durch Vermögensgefährdung im Strafrecht*, Zurich 2017.

⁴⁴ Sur le plan temporel, ce dommage survient immédiatement après la perception des rétrocessions par le gérant dès lors que la créance en restitution du mandant est exigible de suite (*Graf* [n. 34], p. 1422).

⁴⁵ Entre autres : ATF 123 IV 17, consid. 3 d); ATF 121 IV 104, consid. 2 c); ATF 105 IV 102, consid. 1.c).

⁴⁶ *Contra Graf* (n. 34), p. 1425 s.; pour *Scheidegger/von Wurstemberger*, le devoir d'information est « plus fondamentale [l] » que l'obligation de restitution des rétrocessions (CR CP II-Scheidegger/von Wurstemberger [n. 26], Art. 158 N 126).

⁴⁷ *Tunik* (n. 5), p. 436; *Lombardini/Macaluso* (n. 28), p. 193.

⁴⁸ ATF 132 III 460, consid. 4.2, JdT 2008 I 58; dans le même sens, ATF 138 III 755, consid. 5.3, JdT 2014 II 241; ATF 137 III 393, consid. 2.3, JdT 2012 II 168.

⁴⁹ ATF 138 III 755, consid. 5.3, JdT 2014 II 241; ATF 137 III 393, consid. 2.3, JdT 2012 II 168; dans le même sens ATF 143 III 348, consid. 5.1.1.

dence a également expressément souligné que « [l]es rétrocessions, qui sont versées au mandataire parce que, dans le cadre de l'exécution du mandat, il accomplit ou suscite certains actes de gestion, sont intrinsèquement liées à la gestion (...) »⁵⁰.

Dans la mesure où les devoirs de gestion au sens de l'art. 158 CP se déterminent au regard du rapport juridique – *in casu* le contrat de mandat – entre le gérant et le maître⁵¹, il nous paraît peu cohérent, pour l'analyse pénale, de s'écarter de la jurisprudence rendue en matière civile. Et même si les rétrocessions relèvent de la rémunération du gérant, leur perception reste intimement rattachée à la gestion du patrimoine du client puisque dépendante des opérations financières effectuées sur les avoirs sous gestion⁵².

Le reversement des rétrocessions au client constitue donc à notre sens un devoir lié à la gestion au sens de l'art. 158 CP. Toutefois, le principe général de l'*ultima ratio* du droit pénal s'oppose à l'application de cette disposition en cas de seule violation de l'obligation de restitution, ce d'autant que la voie pénale ne joue qu'un rôle secondaire par rapport au droit civil dans la protection du patrimoine⁵³.

III. La violation du devoir d'information au-delà des rétrocessions : du civil au pénal

Plusieurs décisions, tant civiles que pénales témoignent de l'importance que le Tribunal fédéral, au-delà du contexte des rétrocessions, attribue au devoir d'information, en particulier dans le cadre d'un rapport juridique basé sur la confiance.

Sur le plan pénal, le Tribunal fédéral s'est penché en 2010 sur le cas d'un professeur d'université qui avait conclu des contrats de recherche avec l'industrie privée. Alors même que le règlement interne de l'université prévoyait une obligation d'information, le professeur, qui gérât son budget avec une large auto-

nomie, a omis de déclarer à son employeur la conclusion des contrats ainsi que les revenus y relatifs. Partant, le Tribunal fédéral a considéré qu'il avait commis un acte de gestion déloyale en raison de la violation de son devoir d'information⁵⁴.

En matière civile, notre Haute Cour a considéré que la banque qui est dans un rapport particulier de confiance avec des clients et qui ne les prévient pas du risque lié à une concentration excessive de leurs placements dans une seule action viole son devoir de mise en garde dès lors qu'elle pouvait et devait reconnaître que ses clients n'avaient pas conscience de ce risque⁵⁵. L'opération ayant occasionné des pertes, la responsabilité civile de la banque a été admise.

Ce dernier cas pousse à s'interroger sur une éventuelle responsabilité pénale du gérant à qui les avoirs des clients étaient effectivement confiés⁵⁶. À la lecture de l'art. 158 ch. 1 CP, les éléments constitutifs objectifs de cette disposition se recoupent en principe⁵⁷ avec les conditions de la responsabilité civile : une violation des devoirs de gestion ; un dommage ; un lien de causalité entre ces deux éléments. Ce serait donc sur le terrain des éléments constitutifs subjectifs que les voies civiles et pénales se sépareraient, la seconde exigeant à tout le moins un dol éventuel qui doit porter sur tous les éléments objectifs de l'infraction, dommage compris.

À notre sens, la délimitation entre une simple violation d'une obligation contractuelle ou administrative du gérant et le comportement réprimé par l'art. 158 CP ne devrait pas dépendre du (seul) élément subjectif de l'intention en lien avec la condition du dommage⁵⁸. La conclusion inverse reviendrait d'ailleurs à admettre l'application de l'art. 158 CP en cas de (seule) violation de l'obligation de restitution des rétrocessions⁵⁹. La large portée qu'une interprétation littérale confère au comportement (vaguement) décrit à l'art. 158 CP doit être limitée par le principe

⁵⁴ TF, 6B_164/2010 du 1^{er} juin 2010, consid. 2.2.1.2.

⁵⁵ TF, 4C_385/2006 du 2 avril 2007, consid. 3.2.

⁵⁶ Le gérant revêt en principe l'une des qualités de l'art. 29 CP, ce qui permet l'imputation à celui-ci du devoir de mise en garde de la banque ou de la société de gestion de fortune.

⁵⁷ Sous réserve du cas, probablement marginal, dans lequel la violation du droit civil porterait sur un devoir tout à fait accessoire du gérant, qui ne devrait pas être considéré comme lié à la gestion des intérêts pécuniaires du mandant.

⁵⁸ Dans ce sens *Capus* (n. 26), p. 267 ; cf. également ATF 120 IV 190, consid. 2.b).

⁵⁹ Cf. *supra* II.2.

⁵⁰ ATF 143 III 348, consid. 5.1.2.

⁵¹ Cf. *supra* II.1.2.

⁵² *Contra Tunik* (n. 5), p. 436 ; *Lombardini/Macaluso* (n. 28), p. 193.

⁵³ Même conclusion sur le principe de subsidiarité du droit pénal, *Tunik* (n. 5), p. 436. Cf. sur l'accessoriété du droit pénal dans le domaine des infractions contre le patrimoine, *Cassani Ursula*, La protection pénale du patrimoine : autonomie et détermination par le droit civil, thèse, Lausanne 1988, p. 54 ; *Capus* (n. 26), p. 261 s. et 270 ss.

de subsidiarité du droit pénal par rapport au droit civil. Le droit pénal ne devrait intervenir que lorsque la violation des devoirs du gérant apparaît, sur le plan objectif, suffisamment qualifiée pour constituer une trahison des intérêts du maître⁶⁰. Nous concédons néanmoins qu'une telle position, qui se réfère finalement à la «gravité» de l'obligation transgressée, introduit une notion juridique indéterminée, guère apte à apporter une sécurité juridique qui serait bienvenue dans le cadre d'une norme pénale dont les contours sont déjà flous⁶¹.

Pour en revenir spécifiquement à la violation d'un devoir d'information du gérant, il nous paraît probable qu'une telle transgression, pour autant que le renseignement dissimulé soit lié à la gestion du patrimoine du maître, constitue en principe un comportement typique réprimé par l'art. 158 CP. Le propos vaut à tout le moins lorsqu'une telle violation, comme en matière de rétrocessions, empêche *de facto* le maître de faire valoir ses droits sur le plan civil, le droit pénal venant ici «au secours» du droit civil. Même si tel n'est pas le cas, la violation d'une obligation de renseignement prive en quelque sorte le maître du pouvoir de disposer de son patrimoine en connaissance de cause⁶² et, en ce sens, devrait régulièrement satisfaire au critère de la déloyauté exigé par la norme pénale. Encore faut-il ensuite, pour l'intervention du juge pénal, que cette violation du devoir d'information ait causé un dommage et que le gérant ait perçu ce risque lié à la transgression de son obligation de renseignement.

IV. Remarques conclusives

En guise de conclusion, quelques réflexions quant à la portée de l'ATF 144 IV 294 méritent d'être effectuées. Rappelons en effet que l'état de fait repose sur des circonstances pathologiques dans le cadre desquelles le gérant de fortune a multiplié tant les actes délictueux que la violation de ses devoirs découlant de sa qualité de tuteur envers son pupille. Dès lors, si le comportement du gérant se limite à l'application d'une clause de renonciation à la reddition de compte et à la restitution des rétrocessions non conforme aux exigences jurisprudentielles, cette jurisprudence est-elle applicable sans réserve⁶³ ?

La réponse est à notre sens positive. Tout d'abord, et même si l'arrêt est lacunaire à cet égard, il en ressort que le gérant n'a pas été seulement condamné pour la violation de son obligation de rendre compte à son pupille mais également pour avoir adopté ce même comportement à l'encontre d'autres clients de Y. SA. D'ailleurs, les considérants publiés dans le Recueil officiel ne s'attardent que peu sur les devoirs du recourant en sa qualité de tuteur. Ensuite, l'état de fait résumé dans l'arrêt publié, à l'exception d'une brève mention sur la nomination du recourant en tant que tuteur, est expurgé de tout événement qui ne se rattache pas strictement à la problématique des rétrocessions. Enfin, le libellé du Regeste laisse peu de place au doute : « [I]e gérant de fortune commet un acte de gestion déloyale s'il n'informe pas son client des rétributions ou rétrocessions qu'il reçoit de la banque dépositaire ».

⁶⁰ Comparer : *Capus* (n. 26), p. 268 ss.

⁶¹ Cf. en lien avec ce dernier adjectif qualificatif de l'art. 158 CP, *Capus* (n. 26), p. 262.

⁶² Cf. *Capus* (n. 26), p. 262.

⁶³ Cf. *Fischer* (n. 2).