



NEWSLETTER – 6 septembre 2018

Rétrocessions : la fin d'une controverse doctrinale

La dissimulation des rétrocessions perçues par un gérant de fortune est un acte de gestion déloyale (arrêt 6B_689/2016 du 14 août 2018)

Pour la première fois, notre Haute Cour s'est penchée sur la question de savoir si un gérant de fortune qui omet d'informer son client des rétrocessions reçues par la banque dépositaire, en violation de son devoir de rendre compte prévu par l'art. 400 CO, commet un acte de gestion déloyale. Cet arrêt achève un cycle jurisprudentiel au sujet des rétrocessions perçues par les gérants de fortune qui a débuté par un premier arrêt rendu en la matière le 22 mars 2006 (ATF 132 III 460).

A cette occasion, le Tribunal fédéral consacrait le principe selon lequel les rétrocessions et ristournes versées par les banques dépositaires des fonds du client au gérant de fortune indépendant étaient, à défaut d'accord contraire, soumises à l'obligation de rendre compte et de restituer. Notre Haute Cour avait également précisé, dans cet arrêt et dans plusieurs décisions ultérieures, qu'une renonciation valable au versement des rétrocessions ne pouvait être admise que si le client avait reçu au préalable une information complète et véridique concernant les

prestations que le gérant obtiendra de la banque dépositaire. L'art. 400 al. 1 CO oblige en effet le gérant de fortune à rendre compte aux clients et, en particulier, à les informer des rétrocessions et rétributions que la banque dépositaire lui verse ; il se doit en outre de restituer les sommes perçues.

Jusqu'à présent, les arrêts rendus par le Tribunal fédéral se bornaient à définir les aspects civils liés aux rétrocessions, soit en particulier le devoir de rendre compte et de restituer. En revanche, il n'a jamais tranché la question, débattue en doctrine, de savoir si le silence du gérant de fortune sur les rétrocessions perçues était constitutif d'un acte de gestion déloyale. En cela, le présent arrêt dispose d'un potentiel effet dévastateur pour l'activité de certains gérants de fortune qui sont amenés à repenser leur pratique en matière de rétrocessions, puisque ceux-ci pourraient désormais non seulement être attraités devant les tribunaux sur le plan civil mais également pénal.

Concernant le cas qui nous occupe, le gérant de fortune, à la tête d'une société de gestion, a notamment été rétribué par la banque dépositaire de rétrocessions pour l'apport de clients durant les années 2007 et 2008. Il n'a jamais informé ses clients de ces versements.

Notre Haute Cour rappelle tout d'abord sa jurisprudence antérieure selon laquelle la seule violation du devoir de restituer une somme d'argent que le gérant reçoit d'un tiers n'est pas un acte de gestion déloyale ; il faut en outre que les montants reçus aient déterminé le gérant à un comportement contraire aux intérêts pécuniaires du client et, par voie de conséquence, dommageable à celui-ci. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Cela étant, suivant un arrêt rendu par la Cour suprême du canton de Berne, le Tribunal fédéral se rallie ensuite à la position de la doctrine majoritaire et retient que le devoir du mandataire de rendre compte est une obligation accrue ou qualifiée d'agir, dont la violation peut être un acte de gestion déloyale réprimé par l'art. 158 ch. 1 CP. A ce titre, le Tribunal fédéral s'inspire par analogie d'un arrêt précédent lequel retenait que l'organe d'une société de gestion de fortune avait une position de garant envers les clients et qu'il pouvait se rendre coupable d'escroquerie commise par omission s'il dissimulait une information aux clients en violation de son devoir de fidélité. Il considère ainsi que le devoir du gérant de fortune de rendre compte au client doit permettre à ce

dernier de contrôler l'activité du gérant et le cas échéant lui permettre de réclamer les montants sujets à restitution. Les juges de Mon-Repos précisent que l'obligation de restitution dépend de la bonne exécution de l'obligation de rendre compte et que la première ne peut être vérifiée si la seconde n'est pas respectée, raison pour laquelle sa violation doit être considérée comme un acte de gestion déloyale et donc punissable.

En définitive, le Tribunal fédéral confirme la décision cantonale et retient que faute d'avoir informé préalablement les clients d'une façon complète et véridique sur les rétrocessions à percevoir, invalidant ainsi la clause de renonciation contenue dans les contrats de mandat et d'avoir par la suite celer les montants effectivement perçus, le gérant de fortune s'est rendu coupable de gestion déloyale.

Le présent arrêt n'est pas une surprise compte tenu des positions doctrinales majoritaires et des quelques arrêts cantonaux déjà rendus. Néanmoins, leur confirmation par le Tribunal fédéral oblige désormais les gérants de fortune à se montrer encore plus vigilants. La dissimulation par ceux-ci des rétrocessions et autres rémunérations versées par les banques dépositaires ne les amènent pas qu'au paiement de dommages-intérêts devant la justice civile, mais également aux aléas de la justice pénale.

Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch

Resolution Legal Partners
Av. de l'Avant-Poste 4
CP 5747
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40
F. +41 21 312 59 41