

43#  
Newsletter  
Mai 2023

# Rétrocessions et adjudication de chantiers : Gestion déloyale aggravée reconnue par le Tribunal fédéral

=  
Resolution  
LEGAL PARTNERS

**L'employé qui perçoit des rétrocessions de la part d'un tiers commet un acte de gestion déloyale au détriment de son employeur pour autant qu'il en résulte un dommage.**

## I. Essentiel en bref

Dans un arrêt du 14 avril 2023 non destiné à publication<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral traite, notamment, la question du dommage subi par une société lorsque ses employés, en violation de leurs devoirs, perçoivent des rétrocessions d'une autre société qui se voit attribuer l'adjudication régulière de travaux en sous-traitance en contrepartie.

Selon la Haute Cour, le comportement de l'employé consistant à percevoir une rétrocession, en échange de l'attribution d'un marché et cela, en omettant de négocier de tarifs plus favorables, constitue un dommage subi par l'employeur. Dès lors, si la réalisation des autres éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'article 158 du Code pénal (CP) est démontrée, ce comportement constitue un acte de gestion déloyale

## II. Faits objet de l'arrêt

Durant les exercices 2003 à 2012, l'associé gérant d'une société (ci-après la « société adjudicataire ») a mis en place un stratagème de concert avec huit autres personnes, consistant à abuser des prérogatives de gestion dont celles-ci bénéficiaient auprès des diverses sociétés qui les employaient pour assurer l'adjudication régulière de travaux en sous-traitance à la société adjudicataire en échange de rétrocessions indues.

L'état de fait cantonal a retenu que, durant la période incriminée, et contrairement à leurs devoirs, les employés en cause ont volontairement omis de négocier à la baisse les prestations proposées par la société adjudicataire et permis l'adjudication puis le paiement, par la société qui les employait, de divers travaux réalisés pour un prix supérieur à celui qu'ils auraient pu obtenir.

Concurremment, ils ont bénéficié de différents versements de sommes d'argent, à titre de rétrocessions, correspondant à une fraction du prix payé par la société qui les employait, oscillant généralement entre 10 % et 15 % de celui-ci, se montant parfois jusqu'à 20 %. En lieu et place de restituer les sommes d'argent perçues à leur employeur, les intéressés les ont gardées par-devers eux, au préjudice des sociétés qui les employaient. Ainsi, la société adjudicataire a employé un montant d'au moins CHF 1'495'100.- pour verser des rétrocessions en liquide en mains des huit protagonistes concernés.

Après leur condamnation par les autorités pénales vaudoises pour gestion déloyale aggravée, deux d'entre eux ont formé un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, estimant que les conditions de l'article 158 CP n'étaient pas réunies, notamment la survenance d'un dommage.

## III. Droit

Conformément à l'article 158 CP, se rend coupable de 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. Cette infraction suppose la réalisation de quatre éléments constitutifs : il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un dommage et qu'il ait agi intentionnellement.

Dans le cas présent, les recourants n'ont contesté que la survenance d'un dommage. Dans leur arrêt, les Juges de Mon-Repos débudent leur analyse de cet élément constitutif objectif, en rappelant la définition classique du dommage, soit une lésion du patrimoine qui implique une diminution de l'actif, une augmentation du passif, une non-diminution du passif ou une non-augmentation de l'actif, ou une mise en danger de celui-ci, telle qu'elle a pour effet de diminuer la valeur du point de vue économique. Vu cette

définition, la question concrète que le Tribunal fédéral a dû trancher était la suivante : l'employé qui bénéficie d'une rétrocession, correspondant à une fraction du prix versé par son employeur, et qui omet de la verser a posteriori à ce dernier, lui cause-t-il un dommage ?

Dans la mesure où l'employeur aurait dû, en tous les cas, déboursier cette somme d'argent, le procédé litigieux ne provoque pas en tant que tel une diminution de l'actif de l'employeur. Cela étant, l'état de fait cantonal a retenu que, si les différents protagonistes avaient correctement défendu les intérêts de leurs employeurs, ils auraient été en mesure d'obtenir des tarifs plus favorables correspondant à un rabais d'au minimum 10% sur les prestations de l'entreprise adjudicataire, ce qu'ils ont omis volontairement de faire en négociant. La Cour cantonale est arrivée à la conclusion qu'un rabais de 10% aurait pu et dû être négocié dans la mesure où la société adjudicataire était en mesure de verser d'importantes rétrocessions tout en conservant des marges suffisantes pour permettre l'exploitation de l'entreprise, ce qui plaide en faveur d'un prix négocié supérieur au tarif usuel. Ce rabais de 10% que les sociétés en question n'ont pas pu obtenir en raison du comportement de leurs employés, manifestement contraire au devoir qui est le leur, constitue une diminution de l'actif, causant ainsi un dommage à la société.

Les autres conditions de réalisation de l'article 158 CP étant réunies, ce qui n'était d'ailleurs pas contesté par les recourants, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt cantonal.

## IV. Commentaire

La solution retenue par le Tribunal fédéral nous paraît satisfaisante. L'employé qui accepte des rétrocessions de la part d'un tiers commet un acte de gestion déloyale au détriment de son employeur, pour autant que ce dernier subisse un dommage.

Il faut également relever que depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016, un tel comportement peut également être appréhendé sous le coup de l'article 322<sup>novies</sup> CP, soit la corruption privée passive. Dans ce cas, contrairement à la gestion déloyale, il ne sera pas nécessaire d'établir la survenance d'un dommage.

En conclusion, il nous semble opportun de préciser que dans un complexe de faits similaire, survenant après le 1<sup>er</sup> juillet 2016, et s'il est possible de démontrer l'existence d'un dommage, la question du concours entre la gestion déloyale et la corruption privée devra également être examinée par les autorités de poursuite pénales

*Le contenu de cette Newsletter, établie le 31 mai 2023, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats répondra volontiers à vos questions.*

Resolution

LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4, Case postale 5747  
1002 Lausanne

Place Pury 3, 2000 Neuchâtel

T. +41 21 312 59 40 / +41 32 710 10 90  
F. +41 21 312 59 41



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



**Julien Gafner**  
Avocat associé  
gafner@resolution-lp.ch



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



**Françoise Martin Antipas**  
Avocate associée  
martinantipas@resolution-lp.ch

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal fédéral [6B\\_280/2022](#) et [6B\\_287/2022](#), du 14 avril 2023.