CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Gestion déloyale

L’obligation de restituer les rétrocessions à la banque employeuse

Par Katia Villard le 6 décembre 2019

Le 14 novembre 2019, dans un arrêt non destiné à la publication, le Tribunal fédéral (TF) a confirmé la condamnation de deux employés de banque pour gestion déloyale aggravée au détriment de leur employeuse (art. 158 ch. 1 par. 3 CP). Le reproche pénal s’articule autour de rétrocessions perçues par les deux collaborateurs et non reversées à la banque (TF, 6B_1074/2019, 6B_1083/2019).

A. et B. travaillaient au sein de la succursale lausannoise de l’établissement bancaire C. SA, l’un en qualité de gérant de fortune et responsable d’une équipe, l’autre en tant que responsable du « team international ».

Les conditions générales d’emploi de la banque interdisaient aux collaborateurs de recevoir, à titre personnel, des rémunérations ou commissions pour des opérations auxquelles la banque participait (c. 4.2).

Dans le cadre de son activité professionnelle, B. s’est trouvé en contact avec D. SA, société de conseil en matière de produits structurés. A. et B. ont acquis pour des clients de la banque, par l’intermédiaire de D. SA, des produits de ce type. Les commandes étaient formellement passées par C. SA directement auprès de l’émetteur du produit structuré. Pour chaque transaction, D. SA percevait de l’émetteur une rétrocession calculée en fonction du montant souscrit. Une partie de la somme était redistribuée à A. et B, à l’insu de leur employeuse.

Le Tribunal cantonal vaudois a admis la qualité de gérants des accusés, qui « avaient le devoir de gérer les avoirs des clients notamment dans l’intérêt de [la banque] » (c. 4.2). Le Tribunal fédéral valide ce raisonnement et retient que la gestion des intérêts de la banque et la représentation de celle-ci ont été partiellement déléguées aux accusés (c. 4.3).

En ce qui concerne les devoirs de gestion dont la violation est punie par l’art. 158 CP, ils s’examinent notamment au regard des dispositions contractuelles et directives internes applicables en l’espèce (c. 4.1). Les juges de Mon-Repos retiennent qu’A. et B. n’ont pas seulement violé leur obligation, fondée sur l’art. 321b al. 1 CO, de restituer à leur employeur les commissions reçues. Ils ont également « usé de leurs pouvoirs au sein de [la banque] pour faire conclure à celle-ci des contrats portant sur l’acquisition de produits structurés » (c. 4.4.). Ces transactions ont engendré des rétrocessions qui revenaient à la banque et qui ont été détournées par les accusés. Les montants dont la banque a été frustrée constituent donc le

dommage nécessaire à la réalisation de l'art. 158 al. 1 CP. La question de savoir s'il appartenait ensuite à la banque de reverser les sommes à ses propres clients au regard des rapports contractuels qui la liaient à eux ne modifie pas l'analyse (c. 4.5). Les conditions de la gestion déloyale aggravée sont ainsi remplies.

Cette décision appelle deux remarques.

Premièrement, elle s'inscrit apparemment en porte-à-faux avec la jurisprudence établie du Tribunal fédéral selon laquelle la seule violation d'une obligation contractuelle de restitution n'est pas encore constitutive de gestion déloyale ; encore faut-il que le gérant ait, en plus, adopté un comportement préjudiciable aux intérêts du maître. Or, *in casu*, le Tribunal fédéral n'indique pas en quoi la conclusion des contrats visant à l'achat des produits structurés aurait porté atteinte aux intérêts de la banque.

Par ailleurs, et pour effectuer un parallèle avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la violation du devoir de restituer au client les rétrocessions reçues par le gérant de fortune (externe) dans le cadre de son mandat (ATF 144 IV 294, commenté par Fischer, cdbf.ch/1030), les juges de Mon-Repos ne se demandent pas si la violation du devoir de rendre compte fondée sur l'art. 321b al. 1 CO, à l'instar de celle consacrée à l'art. 400 CO, peut être constitutive de gestion déloyale. A noter qu'il est sur ce point entendu que l'employé qui viole son obligation de restitution envers son employeur ne va en principe pas faire état des montants perçus de sorte qu'il transgresse simultanément, comme cela a été le cas en l'espèce, son devoir de rendre compte.

Secondement, le Tribunal fédéral ne détermine pas qui, de la banque ou du client de celle-ci, est le bénéficiaire (final) du type de rétrocessions en jeu *in casu*. Un arrêt de principe rendu en matière civile a tranché en faveur du client (ATF 138 III 755, commenté par Fischer, cdbf.ch/841), au contraire d'un arrêt pénal un peu plus ancien et non publié, rendu dans le même contexte que celui qui nous occupe (TF, 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 ; commenté par Fischer, cdbf.ch/741 et par Emmenegger/Thévenoz *in* RSDA 2011, 374). Les juges lausannois ont probablement été convaincus par la position de l'instance inférieure, selon laquelle même à supposer que les rétrocessions devaient ensuite être reversées au client, la créance détenue alors par celui-ci contre la banque constituerait le dommage subi par cette dernière (c. 6.3.2 de l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois). Le raisonnement nous semble se tenir mais il aurait mérité un développement par le Tribunal fédéral. Pour aller au-delà de l'arrêt commenté dans ces lignes, il pose en particulier la question de savoir si la qualité de lésé – et donc de partie plaignante –doit être reconnue au client, à la banque ou au deux.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Katia Villard, L'obligation de restituer les rétrocessions à la banque employeuse, publié le 6 décembre 2019 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1096/