

JURISTES & FISCALISTES

Punissabilité pénale des rétrocessions

...article du Prof. Paolo Bernasconi, Dr. h. c.

Dès le 1er juillet 2016, même les rétrocessions seront punissables d'après les nouvelles normes concernant la corruption privée. Bien sûr cette hypothèse, comme toute hypothèse de la punissabilité pénale concernant les rétrocessions, ne s'applique pas dans le cas de consentement orienté de la part du client concernant le montant des rétrocessions payées à un tiers. En cas contraire, c'est-à-dire lorsque le client n'avait pas été orienté du tout ou dans le cas où il avait été orienté mais sans indication des montants payés, les professionnels qui ont bénéficié de paiements à titre de rétrocession risquent la punissabilité pour le chef de gestion déloyale (art. 158 du Code pénal suisse/CP) et, aussi à partir du 1er juillet, pour le titre de corruption privée. Toujours en conséquence de l'approbation de la part des Chambres fédérales de la punissabilité de la corruption privée, celle-ci sera punissable d'office. Après une bataille parlementaire qui dure depuis des années, les Chambres fédérales avaient décidé de transformer le délit de corruption privée, qui auparavant n'était poursuivable que sur plainte, en infraction punissable d'office.

Par conséquent, même la concurrence déloyale qui aura été commise moyennant un avantage illicite, versé à un tiers en relation avec une violation de son devoir contractuel, sera punissable d'office. Il suffira donc que l'autorité judiciaire ou même une autorité administrative ait un soupçon concret. Même dans ces cas, le Ministère public devra intervenir d'office, sans nécessité d'une plainte. En effet, dorénavant ce seront les articles 322octies et 322novies du Code pénal qui s'appliqueront dans le but de punir la corruption privée sous toutes ses formes¹. Même les paiements versés pour rémunérer les apporteurs d'affaires sous forme de rétrocessions pourraient entrer dans le collimateur pénal. D'après la réforme approuvée par les Chambres fédérales, en vigueur dès le 1er juillet 2016, non seulement la procédure pénale sera entamée d'office, et, ce qui est nouveau aussi, indépendamment de l'existence d'une relation de concurrence entre les parties impliquées. Pour les banques, le paiement, mais aussi l'acceptation de rétrocessions deviennent punissables, au cas où elles aient eu lieu sans le consentement explicite du client. Si, néanmoins, ces paiements ont eu lieu, ce sera alors la banque qui risque une poursuite pénale. Car la corruption privée



est aussi mentionnée parmi les infractions qui déclenchent la responsabilité pénale de l'entreprise en application de l'art. 102 CP. Un risque qui vient s'ajouter au risque d'une poursuite pour blanchiment d'argent car, d'après la jurisprudence, les transactions boursières exécutées dans le seul but de faire gonfler le montant des rétrocessions payées et encaissées, sont punissables pour le chef de gestion déloyale qualifiée. En effet, le Tribunal fédéral estime que *«le devoir de fidélité oblige le mandataire à s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de son mandant»*. Ce jugement très important — 6B_967/2013 du 21 février 2014 — avait confirmé la condamnation pour gestion déloyale de deux gérants de fortune. L'un à une peine privative de liberté de treize mois et dix jours, et l'autre à une peine privative de liberté de douze mois et dix-sept jours. En effet, le Tribunal fédéral avait constaté notamment ce qui suit: *«Vu la volatilité du marché, les prévenus ont adopté des stratégies mensuelles, c'est-à-dire impliquant des transactions fréquentes. En conséquence, ils ont prélevé des commissions totales d'une importance telle qu'elles amputaient considérablement le capital des clients, les gains ne suffisant pas à compenser les ponctions.»* En effet, les tribunaux avaient constaté que ces deux gérants de fortune avaient encaissé des rétrocessions dans une mesure variable entre le 5% et le 26% du capital investi. Nonobstant que les clients avaient autorisé les deux professionnels à exécuter des transactions sur des produits dérivés, à savoir des produits hautement spéculatifs, le Tribunal a relevé une responsabilité pénale à cause de l'omission de renseigner ces clients et parce que les deux gérants avaient continué à encaisser des rétrocessions malgré les pertes persistantes.

¹ Une série de mesures concrètes a été décrite dans le Rapport du 28 mai 2015 que j'avais rédigé sur mandat du Contrôle fédéral des finances intitulé «Moyens de protection de l'économie suisse face aux menaces dues à la délinquance économique», chapitres 137-148.

...cont'd on page 9

JURISTES & FISCALISTES

Punissabilité pénale des rétrocessions

...article du Prof. Paolo Bernasconi, Dr. h. c.

...cont'd from page 8

Voilà donc que non seulement ceux qui pratiquent le barattage (*churning*) sont punissables, mais aussi ceux qui acceptent et reversent des rétrocessions en relation avec le barattage, y compris la banque et les fonds d'investissement impliqués. En effet, le Tribunal fédéral, lors du jugement mentionné ci-dessus, avait aussi statué que «*Malgré l'impact désastreux du nombre d'opérations et de leurs coûts sur la masse à gérer, les recourants ont poursuivi leur stratégie, continuant à se payer, tout en s'accommodant des pertes pour leurs clients.*» Le Tribunal fédéral ayant qualifié cette conduite de gestion déloyale étant donné qu'elle avait été effectuée dans l'exercice d'une activité professionnelle qui avait fait l'objet d'une autorisation spécifique. Mais le Tribunal fédéral avait statué aussi l'existence de la circonstance aggravante de la gestion déloyale, arguant du fait que la stratégie des deux gérants de fortune condamnés «*leur a profité directement et à eux seuls.*» Cette forme qualifiée de gestion déloyale étant un crime, tous ceux qui aident à entraver la mise en circulation de ces sommes se rendent punissables pour le chef de blanchiment d'argent. Cette qualification déclenche, pour les intermédiaires financiers, l'obligation de communication à l'Office fédéral anti-blanchiment de toute transaction générant une suspicion concrète de rétrocessions illicites. Attention également au risque de demandes d'entraide en faveur de procédures pénales diligentées à l'étranger: les autorités pénales étrangères pourraient obtenir la transmission de moyens de preuves concernant également toute forme de rétrocession illicite, ainsi que le blanchiment du produit des rétrocessions de cette nature. C'est un soutien corsé aux mesures prudentielles adoptées par la FINMA le 26 novembre 2012 dans le cadre du texte intitulé «*Rétrocessions - mesures prudentielles.*» En effet,

il faut souligner que d'après la doctrine (cf. ROTH Monika, *Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögens-verwalter*, Zürich/St. Gallen 2013, § 82; WAYGOOD-WEINER Anette, *Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche*, Zürich 2014, S. 305 ff.; HSU Peter Ch., *Finder's Fees, Commissions and Similar Arrangements*, Zürich 2007, S. 27) on reconnaît aussi la qualification pour le chef de corruption. Par conséquent, dans ce domaine, il ne faudra pas attendre la mise en œuvre de la MiFID.

Lors d'analyses à caractère scientifique, comme dans ce cadre, on évite les considérations à caractère politique. Mais dans ce cas, le commentaire suivant jaillit spontanément: ce sont les abus qui appellent l'intervention du législateur. L'autorégulation dans ce secteur n'a eu aucun effet en relation avec la diffusion massive du système de paiements par rétrocessions en faveur des gérants de fortune externes ainsi qu'en faveur des banques qui acceptent d'acheter ou d'investir dans des fonds à haut risque, exclusivement pour la raison qu'elles ont obtenu des rétrocessions dans une mesure importante.

Nombreux sont les CEO de banques qui déplorent l'excès de règles dans le domaine financier. Il est bien vrai que les règles augmentent. Mais, pour éviter cette augmentation, il suffit de respecter l'obligation légale du mandataire de s'exécuter dans l'intérêt du client. Or ce sont précisément les violations répétées de cette règle fondamentale qui ont conduit à instaurer de nouvelles règles. Il est donc facile de conclure que même en Suisse on doit continuer à promouvoir l'autorégulation mais, de l'autre côté, lorsque l'autorégulation a manqué d'atteindre son but, c'est l'État qui intervient.

★ ★ ★

Prof. Paolo BERNASCONI, 25.4.1943, Lugano (Suisse)

Avocat et notaire, cotitulaire de l'Etude d'avocats Bernasconi Martinelli Alippi & Partners à Lugano (Suisse)

Professeur en droit pénal économique international aux Universités de St. Gall (*de 1984 à 2004; dès 1999 professeur titulaire*), de Zurich (*de 1986 à 2008*) et de Côme (*de 2004 à 2008*); professeur invité aux Universités italiennes de Gênes (*1987/1989*) et de Milan/Bocconi (*de 1996 à 2002*); professeur au Centre d'Etudes bancaires de Lugano (*depuis 1990*); conseiller auprès du Département des Nations Unies pour la prévention et le contrôle des crimes et délits (*1990, 1992*), du Conseil de l'Europe (*1982, 1995, 1999*), de l'OECD (*1996*) et de l'UE (*2001*). Membre de commissions fédérales d'experts pour la révision de nombreuses lois suisses. Vice-président du Conseil de l'Autorité fédérale de contrôle antiblanchiment (*2001*). Depuis 2006, Président du Tribunal d'honneur de l'Association Suisse des

Gérants de Fortune (ASG). De juillet 2008 jusqu'à juin 2013, Membre de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (*CDB 08*) de l'Association suisse des banquiers (*ASB*). Depuis 2010 Membre des Global Agenda Councils du World Economic Forum (*WEF*). Remise du titre de docteur honoris causa par l'Université de Zurich en avril 2013 pour sa contribution scientifique au développement du droit pénal économique. Président de l'Association Ethics and Compliance Switzerland/ECS (www.ethics-compliance.ch) dès 2014.

Ancien Magistrat du Ministère Public à Lugano de 1969 à 1985.
www.pblaw.ch - e-mail: paolo.bernasconi@pblaw.ch