

Gestion de fortune: captation de clientèle

4 avr 2022 - 07:00

| Serge Fasel, FBT Avocats

3 minutes de lecture

La lutte pour l'apport d'actifs sous gestion peut conduire à des comportements condamnables pénalement aux chefs de gestion déloyale et de violation du secret commercial.



Les comportements incriminés procèdent souvent du même mode opératoire comme le relève un arrêt très récent du Tribunal fédéral. Cette décision met en lumière le comportement d'un gestionnaire de fortune qui travaillait auprès d'une société de la place (la société A). Employé aux termes d'un contrat de travail ne comportant pas de clause de non-concurrence, l'employé donne sa démission et demande à être immédiatement libéré de son obligation de travailler. Dans le délai de congé, 30 des clients dont il était le gérant résilient leur mandat auprès de la société A. Bien entendu, les soupçons se portent immédiatement sur l'employé dont la société subodore qu'il a rejoint une entreprise concurrente.

La société A est même d'avis que B aurait mis au point un stratagème consistant à inciter les clients à ne pas rompre leurs relations contractuelles avec la société A avant que celle-ci ne leur eût annoncé le départ de B, puis d'en tirer prétexte pour quitter la société A. La société A a déposé plainte pénale le 7 août 2020 pour gestion déloyale et violation du secret commercial; le Ministère public a refusé d'entrer en matière, décision confirmée par la Chambre pénale de recours de la Cour de justice. La société A a recouru au Tribunal fédéral (TF) contre l'arrêt de la Chambre pénale. Son recours a été rejeté par le TF.

En substance, la société A reproche à B d'avoir contacté une partie conséquente de la clientèle, alors qu'il travaillait toujours pour elle, pour la persuader de le suivre chez son nouvel employeur. Il aurait notamment rédigé des lettres de résiliation des mandats avec la société A, démissionné et quitté son poste de manière anticipée pour rejoindre une entreprise concurrente à laquelle il aurait communiqué les informations liées à la clientèle de A SA. La perte de clientèle «subtilisée» par B représenterait une masse sous gestion dépassant 38 millions de francs et cette diminution des actifs sous gestion, causée par les infractions visées (gestion déloyale et violation du secret commercial), engendrerait un préjudice financier direct, soit une perte d'honoraires de gestion dépassant 360'000 francs par an, à laquelle s'ajouteraient 600'000 francs que la société A aurait investis dans le rachat à C de sa clientèle pour en confier la gestion à B (consid. 1.2).

La jurisprudence pénale est généralement sévère et reflète le défaut de volonté d'apporter des solutions à des problématiques qui sont essentiellement civiles.

Pour comprendre l'échec de l'ancien employeur par devant les juridictions pénales, il faut rappeler comment notre Haute Cour se positionne par rapport aux notions de gestion déloyale et de violation du secret commercial dans un contexte de captation de clientèle.

Un gérant peut se rendre coupable de gestion déloyale lorsqu'il transgresse – par action ou par omission – les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne. Cette qualité de gérant n'a pas été retenue à l'égard de B dans la mesure où, selon le Tribunal fédéral, la gestion confiée à B n'est pas celle de la société A mais celle des avoirs de la clientèle de la société A. Or, cette gestion n'a pas été mise en cause, bien au contraire, les clients paraissant plutôt satisfaits.

Constitue un secret commercial dont la violation est sanctionnée pénalement toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un fabricant ou un commerçant a un intérêt légitime à en conserver l'exclusivité et qu'il n'entend pas divulguer. Il faut comprendre par secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial, soit notamment la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, de l'organisation, du calcul du prix, de la publicité et de la production. Le Tribunal fédéral n'assimile pas la connaissance de la clientèle à l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin des rapports de travail. Or, selon la jurisprudence, lorsque l'accès aux informations est licite, notamment dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail, seule une sanction civile fondée sur la loi sur la concurrence déloyale peut entrer en considération.

En dernier lieu et quelle que soit l'hypothèse envisagée (droit pénal et droit civil), il est important que soient fournies toutes explications utiles sur le calcul précis du dommage et il incombe au plaignant de faire une distinction quant au fondement des prétentions en considération des différentes infractions invoquées. En l'espèce, l'absence d'une clause d'interdiction de concurrence a certainement aussi joué son rôle, tout comme la durée des rapports de travail (plus de vingt ans) et le fait que, de l'aveu même de la société, les clients étaient majoritairement satisfaits et auraient suivi le gestionnaire. Les liens personnels unissant l'employé aux clients ne doivent jamais être sous-estimés.

La protection des intérêts de l'employeur est ainsi un art difficile et subtil qui ne trouvera que peu d'appui dans le droit pénal, sauf à démontrer que son employé, gestionnaire de fortune, assume la responsabilité d'administrer pour le compte de l'employeur des intérêts pécuniaires de la société revêtant une certaine importance.

La jurisprudence pénale est généralement sévère et reflète le défaut de volonté d'apporter des solutions à des problématiques qui sont essentiellement civiles. Ainsi, afin de limiter un possible dommage lié au départ d'un gérant, il convient d'abord et avant tout de prévoir des dispositions adéquates dans le contrat de travail, soit notamment une clause de non-concurrence. La vraie difficulté est sans doute celle de négocier la clause de non-concurrence et ses contours au moment du recrutement du gérant.



Serge Fasel

Associé et Responsable du groupe contentieux et arbitrage

Serge Fasel est associé et responsable du groupe contentieux et arbitrage de FBT. Il dispose d'une large expérience tant en matière de procédures menées devant des tribunaux ordinaires qu'en matière d'arbitrage, sur le plan national et international. Ses domaines d'activité comprennent toutes formes de litiges commerciaux, notamment bancaires et financiers.



FBT Avocats SA est une Etude pluridisciplinaire, implantée à Genève et à Paris, qui intervient dans des activités de niches, à dominante transfrontalière. FBT Avocats SA est l'une des Etudes les plus spécialisées en droit bancaire et financier de Suisse romande. Elle couvre par ailleurs le droit patrimonial de la famille, le droit des sociétés, le droit du travail et des assurances sociales, le contentieux civil, administratif et pénal et la fiscalité.