

TRIBUNAL D'ACCUSATION

Séance du 30 juin 2010

Présidence de M. MEYLAN, président
Juges : M. Krieger et Mme Byrde
Greffier : M. Addor

Art. 260, 294 let. f CPP

Le Tribunal d'accusation prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par l'**A.**_____ contre l'ordonnance de non-lieu rendue le 15 avril 2010 par le Juge d'instruction du canton de Vaud dans l'enquête **PE09.018685-NCT**.

Il considère :

En fait :

1. O._____ est propriétaire des parcelles 340 et 799 sises à [...] sur lesquelles il a fait construire quatre villas constituées en PPE. Le bien-

fonds est grevé de deux cédules hypothécaires au porteur de 700'000 fr. pour la première et de 2'000'000 fr. pour la seconde (P. 4/2 et 4/3). En février 1988, la Banque P._____ a octroyé à O._____ un crédit de 2'000'000 fr. destiné à financer la construction des villas. Ce crédit a été porté à 3'700'000 fr. le 1^{er} décembre 1994 (P. 4/6). En garantie de ce crédit, la Banque P._____ obtenait la cession en pleine propriété des deux cédules hypothécaires de 700'000 fr. et 2'000'000 fr., ainsi que d'autres garanties comprenant notamment une cession des loyers des quatre villas (P. 4/6). La cession de loyers des villas a été formalisée par un document écrit du 8 décembre 1994 (P. 4/0). Celui-ci stipule que la cession porte sur l'ensemble de l'état locatif de l'immeuble, que la cession n'est pas notifiée en l'état, la gérance légale étant exercée par l'Office des poursuites de Nyon, et que la notification de cette cession sera portée ultérieurement à la connaissance d'une régie désignée par les parties (il s'agira de M._____SA), laquelle ne pourra plus s'acquitter valablement des loyers qu'en mains de la Banque P._____. Il était également prévu que tout montant relatif à ces créances de loyer devrait être payé sur le compte de O._____ auprès de cette banque et que tout montant versé directement à O._____ par les locataires devrait être remis immédiatement à la banque cessionnaire (P. 4/0).

2. Le 9 juillet 1998, la Banque P._____ a dénoncé au remboursement pour le 15 janvier 1999 les deux cédules hypothécaires (cf. P. 4/5, p. 12).

Le 2 février 1999, cette banque a requis la poursuite en réalisation du gage immobilier contre O._____, sur la base des deux cédules hypothécaires qui lui avaient été remises en pleine propriété. Le 24 février 1999, sur réquisition de l'Office des poursuites de Nyon, la banque a fait notifier à O._____ un commandement de payer les montants non remboursés des deux cédules susmentionnées (P. 29/7-8).

Le 24 septembre 1999, O._____ a ouvert action en libération de dette devant la Cour civile du Tribunal cantonal, concluant à ce qu'il soit prononcé qu'il n'est pas le débiteur de la Banque P._____ de la

somme de 2'700'000 fr. et que la poursuite en réalisation de gage immobilier introduite n'ira pas sa voie.

Le 21 décembre 2000, la Banque P._____ a cédé, avec effet au 30 juin 2000, à la Fondation W._____, la créance qu'elle détenait contre O._____ (P. 4/7).

Par jugement du 7 septembre 2007, la Cour civile du Tribunal cantonal a notamment prononcé que O._____ n'est pas le débiteur de la Banque P._____ de la somme de 2'700'000 fr. (I), que O._____ doit payer à la Fondation W._____ la somme de 3'093'052 fr. 55, avec intérêts à 5 % l'an dès le 4 avril 2000 (ch. II) et a constaté que la mainlevée de l'opposition formée par le demandeur au commandement de payer qui lui a été notifié le 24 février 1999 dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 327'578 de l'Office des poursuites de Nyon est devenue définitive (III) (P. 4/5, p. 44).

Le 28 avril 2008, la Fondation W._____ a requis la réalisation du gage immobilier dans la poursuite précitée. O._____ a contesté cette procédure de réquisition de vente. Par arrêt du 16 avril 2009, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a constaté que la poursuite intentée par la Banque P._____ et reprise par la Fondation W._____ était périmée (P. 4/15). Comme le jugement rendu le 7 septembre 2007 par la Cour civile n'avait pas reconnu O._____ débiteur de la somme de 2'700'000 fr., correspondant à la créance abstraite découlant des deux cédulas hypothécaires, la poursuite en réalisation du gage immobilier était de toute manière impossible.

Le 11 mai 2009, le conseil de O._____, l'avocat G._____, a écrit à l'Office des poursuites de Nyon en ces termes :

"(...) Comme convenu, je vous adresse une déclaration du Tribunal fédéral, laquelle atteste qu'à ce jour, aucun recours n'a été enregistré au Tribunal fédéral. Je rappelle que le délai de recours était de dix jours et que l'arrêt date du 16 avril 2009, reçu au plus tard le 24 avril 2009 (délai de garde).

Le jugement de la Cour des poursuites et faillites étant dès lors définitif et exécutoire, la poursuite en réalisation de gage immobilier, no 327578, est définitivement périmée. Dès lors, l'annotation au Registre foncier, à savoir la restriction du droit d'aliéner, procédé LP, doit être radiée. Je vous prie en conséquence de bien vouloir faire le nécessaire auprès du Registre foncier du district de Nyon, pour les parcelles restantes, à savoir 805 et 807. Le commandement de payer étant périmé, la gérance légale n'a dès lors plus de raison d'être. Je fais le nécessaire auprès de la Régie M. _____ SA. De plus, les loyers qui ont été encaissés, doivent être versés à O. _____. Je vous prie dès lors de bien vouloir verser à M. O. _____, sous déduction des frais de l'Office, les loyers perçus durant la gérance légale de votre Office, sur mon compte-clients [...]. (...)" (P. 4/17).

Par lettre du 25 mai 2009, l'Office des poursuites de Nyon a répondu à l'avocat G. _____ en l'informant que le produit de la gérance, soit 695'989 fr. 15, lui avait été versé sur son compte bancaire le jour même (P. 4/18).

Entre le 11 juin et le 3 juillet 2009, G. _____ a retiré la totalité du montant en six retraits en liquide. Il a expliqué qu'il en avait reversé l'intégralité à son client. Les deux derniers retraits ont été opérés les 1^{er} et 3 juillet 2009, soit peu de temps après que le conseil de la Fondation W. _____, par lettre du 30 juin 2009, eut demandé à G. _____ s'il avait bien donné, comme il le soupçonnait, l'ordre de faire verser les loyers sur son compte ou sur celui de son client (cf. P. 4/19).

3. Le 3 juillet 2009, la Fondation W. _____ a déposé plainte pénale, plainte étendue le 6 octobre 2009. Elle reproche en substance à O. _____ de s'être approprié sans droit la somme de 695'989 fr. 15 malgré le jugement de la Cour civile du 7 septembre 2007 par lequel O. _____ avait été reconnu débiteur de la Fondation W. _____ à hauteur de 3'093'052 fr. 55.

Par ordonnance du 3 août 2009, le juge d'instruction a refusé de suivre à cette plainte. Statuant sur recours de la Fondation W._____, le Tribunal d'accusation a annulé cette décision et ordonné l'ouverture d'une enquête.

Le 10 décembre 2009, le magistrat instructeur a inculpé O._____ et G._____ d'appropriation illégitime et d'escroquerie au sens des art. 137 ch. 1 et 146 al. 1 CP (P. 40 et 41).

4. La liquidation de la Fondation W._____ s'est achevée le 31 décembre 2009. A cette date, l'A._____ a succédé à la Fondation avec tous ses droits et obligations (P. 47 et 48).

5. Par ordonnance du 15 avril 2010, le juge d'instruction a rejeté les réquisitions de preuve présentées dans le délai de prochaine clôture, prononcé un non-lieu en faveur de O._____ et G._____, et laissé les frais de justice à la charge de l'Etat. Il a considéré que les avis de droit produits en cours d'enquête, dont les conclusions étaient antinomiques, étaient révélateurs de la complexité des rapports contractuels des parties et du caractère strictement civil de l'affaire. Faute d'intention délictueuse suffisamment établie, une atteinte astucieuse au patrimoine de la Fondation W._____ ne pouvait pas être imputée aux prévenus. Faute d'indices concrets de dol, l'accusation d'appropriation illégitime devait être abandonnée. Aucune autre infraction contre le patrimoine ne paraissait envisageable.

En temps utile, l'A._____ a interjeté recours contre cette décision. Il demande notamment que O._____ et G._____ soient inculpés d'abus de confiance, gestion déloyale et blanchiment d'argent et qu'ils soient renvoyés en jugement sous ces chefs d'accusation ainsi que sous ceux d'appropriation illégitime et d'escroquerie.

Dans leur mémoire respectif, G._____ et O._____ concluent au rejet du recours.

Le Professeur B._____, auquel G._____ avait demandé un avis de droit en cours d'enquête, a déposé des déterminations sur le recours. La recevabilité de ce document peut être laissée indécise, mais elle paraît pour le moins douteuse.

En droit :

6. La question qu'il convient de résoudre, déterminante pour toutes les infractions envisagées en l'espèce, est de savoir si les intimés avaient le droit de disposer du montant de 695'989 fr. 15 mentionné plus haut, c'est-à-dire si O._____ avait droit au produit de la gérance légale à l'issue de la procédure en réalisation de gage immobilier ou si la lettre adressée le 11 mai 2009 à l'Office des poursuites de Nyon relève de procédés pénalement répréhensibles.

7. a) Dans son avis de droit du 26 novembre 2009 (P. 39/2), le Professeur Z._____ a exposé que la dénonciation au remboursement constituait l'exercice d'un droit formateur rendant exigible le capital et les accessoires. La cession de créance impliquait la cession des accessoires et ceux-ci pouvaient subsister sous forme d'un droit contractuel. Selon cet auteur, à aucun moment la créancière n'a renoncé à sa garantie contractuelle des loyers qui lui ont été cédés fiduciairement. Le fait qu'elle ait exercé pour le surplus un droit sur les mêmes loyers en vertu de la créance abstraite, dans le cadre d'une procédure légale qui n'a pas pu aboutir en raison d'une péremption d'instance, n'avait aucune influence sur la garantie conventionnelle des loyers cédés fiduciairement en 1994 à la Banque P._____. S'agissant de créances au fond matériellement distinctes, en aucun cas la péremption d'instance et l'échec de la garantie des créances abstraites n'entraînaient une péremption ou une inefficacité quelconque de la garantie conventionnelle de la créance causale. Enfin, la prescription n'était pas intervenue car les créances de loyers n'étaient pas exigibles durant la gérance légale de l'immeuble. La cession de loyers n'était pas opposable à la gérance légale, ce qui expliquerait que la Banque P._____ ne s'en soit pas prévalué durant les quelque dix années

qu'a duré cette gérance. Les créances de loyers ne seraient ainsi redevenues exigibles qu'à la fin de la gérance légale, en mai 2009.

b) Dans son avis de droit du 15 février 2010, le Professeur B._____ a relevé qu'une cession de loyers peut être faite à titre fiduciaire (ATF 130 III 248 c. 3.1; Lachat, La cession du loyer, 11^{ème} séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000, n. 18). Il arrive fréquemment qu'une cession fiduciaire des loyers soit utilisée aux fins de garantie d'une créance d'un cessionnaire à l'égard du cédant, notamment comme garantie complémentaire en faveur de la banque qui a octroyé un prêt hypothécaire au bailleur (ATF 130 III 248 c. 3.1). Plusieurs éléments du dossier indiquaient que la cession de loyers convenue entre les parties le 8 décembre 1994 était une cession fiduciaire aux fins de garantie. Dans une telle construction juridique, le cédant, soit O._____, garde la titularité des loyers et le droit de se prévaloir des moyens de droit attachés à cette titularité, tant que le cessionnaire (la Banque P._____ ou son cessionnaire la Fondation W._____) ne met pas en œuvre la garantie en la notifiant aux locataires (Lachat, op. cit., n. 7 let. a). D'après l'auteur, la Banque P._____, ou son cessionnaire la Fondation W._____, pouvaient sans difficulté activer la garantie et faire valoir directement les créances de loyers, soit en renonçant à l'immobilisation de loyers, soit en revendiquant la titularité des créances de loyers auprès de l'Office des poursuites. De l'avis du Professeur B._____, O._____ était légitimé à percevoir les loyers, donc à percevoir le résultat de la gérance légale des immeubles, tant que la Banque P._____ ou la Fondation W._____ n'avait pas activé cette garantie par une notification aux locataires, ou une revendication auprès de l'Office des poursuites. Enfin, l'opinion du Professeur Z._____ sur l'exigibilité des créances de loyer était contestable. Selon le Professeur B._____, en effet, les créances de loyer étaient exigibles durant la gestion légale. En conclusion, selon ce dernier, O._____ pouvait de bonne foi penser que la Banque P._____ ou la Fondation W._____ n'entendait pas se prévaloir de la titularité des créances de loyers, du moins ne pas activer cette garantie durant la période de la gérance légale, puisque cette banque avait choisi de demander l'immobilisation de ces loyers.

c) On voit donc qu'il y a deux appréciations juridiques différentes sur le point de savoir si le cédant peut ou non disposer de loyers dans le cas où, comme en l'espèce, le cessionnaire n'a pas fait valoir directement les créances de loyers, ni n'en a revendiqué la titularité auprès de l'Office des poursuites. Il est dès lors difficile d'affirmer que O._____, sur les conseils de son avocat, ne pouvait pas disposer du montant litigieux.

8. Reste à examiner si, au vu de ce qui précède, les infractions que le recourant voudrait voir retenues contre les intimés sont réalisées.

a) Se rend coupable d'appropriation illégitime au sens de l'art. 137 ch. 1 CP celui qui, pour se procurer ou pour procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui. Les créances et autres droits ne sont en principe pas une chose mobilière (ATF 103 IV 89; ATF 100 IV 31; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, p. 215; cf. également : ATF 6B_313/2008, du 25 juin 2008).

En l'espèce, indépendamment du point de savoir si des créances ou leur produit doivent être assimilées à des choses mobilières, il faut constater que les intimés pouvaient, selon une appréciation soutenable de la situation sous l'angle civil, se croire en droit de disposer des loyers, faute d'une activation de la garantie par le cessionnaire. Au surplus, l'intention de s'approprier une chose appartenant à autrui et de l'incorporer dans son patrimoine ne peut pas être établie. Il convient de retenir qu'au bénéfice de leurs représentations des faits, les intimés pouvaient de bonne foi se croire fondés à disposer du produit des loyers. Enfin, il ne paraît pas que les intimés se soient enrichis au dépens du recourant, lequel conserve, inchangée, sa créance contre l'intimé O._____.

b) Se rend coupable d'escroquerie au sens de l'art. 146 al. 1 CP celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer

à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie suppose donc une tromperie astucieuse. Le comportement délictueux consiste à tromper autrui par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou en confortant la victime dans l'erreur. Selon la jurisprudence, l'astuce est réalisée non seulement lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il se borne à donner de fausses informations dont la vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire, par exemple en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 133 IV 256 c. 4.4.3; ATF 128 IV 18 c. 3a).

En l'espèce, il faut examiner si les éléments constitutifs de l'escroquerie sont réalisés, dans l'hypothèse - non avérée - où les loyers n'appartiendraient pas à l'intimé O._____. Les intimés n'ont rien affirmé, même s'il était sous-entendu que les loyers appartenaient bien à l'intimé O._____. Il n'y avait pas pour les intimés d'obligation découlant de la loi ou d'un contrat d'évoquer la question de la cession des loyers à la Fondation W._____. Les intimés ne se trouvaient pas non plus à l'égard de l'Office des poursuites dans un rapport de confiance accru se rapprochant d'une position de garant. On ne peut donc pas leur reprocher d'avoir dissimulé des faits vrais. On ne discerne par ailleurs aucune forme d'astuce dans leur démarche, faute de manœuvres frauduleuses, de mise en scène comportant des documents et des actes ou un échafaudage de mensonges qui se recourent de manière si raffinée que même une victime critique se laisserait tromper. A cet égard, on relève que dans l'hypothèse d'une tromperie, l'Office des poursuites aurait facilement pu procéder à une vérification et prendre l'avis de la Fondation W._____, compte tenu des circonstances et des montants en jeu. Il n'y a pas non plus d'acte préjudiciable aux intérêts pécuniaires du recourant, lequel n'a pas subi de

dommage. En effet, la Fondation W._____ n'a pas diminué comptablement la dette de l'intimé O._____ d'un montant équivalent aux montants des loyers consignés. La créance du recourant contre le prénommé n'a pas changé.

c) Le blanchiment d'argent au sens de l'art. 305bis CP suppose une provenance criminelle, la notion de crime devant être comprise au sens de l'art. 9 aCP (ATF 122 IV 215; ATF 119 IV 243). En l'espèce, dans la mesure où il n'y pas de crime antérieur, l'infraction considérée n'est pas réalisée. Il n'y a pas non plus d'acte propre à entraver l'identification de l'origine des fonds. En effet, l'Office des poursuites a viré le montant litigieux sur le compte de l'avocat mis en cause, qui l'a ensuite remis à son client. Selon toute vraisemblance, l'intimé O._____ pourrait expliquer au besoin que les montants en sa possession, après avoir été virés sur le compte clients de l'avocat G._____, proviennent du compte qui a recueilli le produit de la gérance légale. Enfin l'élément subjectif de l'infraction n'est pas établi. A défaut d'éléments contraires, il faut retenir que O._____ n'a jamais eu conscience de commettre une infraction, ni n'a eu l'intention de dissimuler le produit de la gérance. Il s'agissait pour lui de demander à l'Office des poursuites la restitution de loyers, auxquels il pouvait de bonne foi penser avoir droit.

d) L'infraction d'abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 1 CP doit également être exclue. Cette infraction suppose l'appropriation d'une chose mobilière, par quoi il faut entendre un objet corporel non immobilier (ATF 116 IV 143), à l'exclusion des créances et autres droits, sauf s'ils sont incorporés dans un papier-valeur (ATF 103 IV 89). Tel n'est pas le cas en l'occurrence. Au surplus, l'intimé O._____ n'a pas disposé d'une valeur patrimoniale qui lui aurait été confiée, puisqu'il en avait la maîtrise originale.

e) 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 à leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou permis qu'ils soient

lésés (art. 158 ch. 1 al. 1 CP). En l'occurrence, rien ne permet de soutenir que l'intimé O. _____ ait eu l'obligation de gérer les intérêts pécuniaires du recourant. Une cession ne saurait avoir pour effet de donner au cédant mandat de veiller sur les intérêts pécuniaires du cessionnaire. L'intéressé ne jouissait pas d'un pouvoir de gestion autonome sur les biens qui lui auraient été remis (ATF 129 IV 124). L'infraction n'est pas réalisée.

9. On fera observer que ce qui vient d'être exposé vaut non seulement pour l'intimé O. _____, mais également pour l'intimé G. _____, en particulier en ce qui concerne l'enrichissement illégitime. On ne peut pas en effet lui reprocher de s'être enrichi sans droit au dépens du recourant, dès lors qu'il n'a pas conservé par-devers lui le produit des loyers litigieux.

Par ailleurs, examiner le prétendu degré de participation accessoire de l'intimé G. _____ aux infractions reprochées à O. _____ n'aurait de sens que celles-ci sont réalisées. Or, comme on l'a vu, tel n'est pas le cas.

10. En définitive, le recours doit être rejeté et l'ordonnance de non-lieu confirmée. Les frais d'arrêt sont mis à la charge du recourant, conformément à l'art. 307 CPP.

Par ces motifs,
le Tribunal d'accusation,
statuant à huis clos :

- I. Rejette le recours.
- II. Confirme l'ordonnance.
- III. Dit que les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont mis à la charge de l'A. _____.

IV. Déclare l'arrêt exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié aux conseils des parties, ainsi qu'au Ministère public, par l'envoi d'une copie complète :

- M. Yves Burnand, avocat (pour A. _____),
- M. Daniel Pache, avocat (pour A. _____),
- M. Laurent Moreillon, avocat (pour O. _____),
- M. Laurent de Mestral, avocat (pour G. _____).

Il est également communiqué pour information par l'envoi d'une copie complète à :

- Chambre des avocats.

Il est communiqué en outre par l'envoi d'une copie complète à :

- M. le Procureur général du canton de Vaud,
- M. le Juge d'instruction cantonal.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :