

TRIBUNAL D'ACCUSATION

Séance du 10 janvier 2011

Présidence de M. MEYLAN, président
Juges : MM. Krieger et Sauterel
Greffière : Mme Brabis

Art. 260, 294 let. f CPP-VD

Vu l'enquête n° PE10.004089-YNT instruite par le Juge d'instruction du Canton de Vaud contre **B.**_____ et **M.**_____ **SA** pour gestion déloyale, d'office et sur plainte de **X.**_____, **A.S.**_____, **B.S.**_____, **Z.**_____ et **N.**_____,

vu l'ordonnance du 15 novembre 2010, par laquelle le magistrat instructeur a prononcé un non-lieu en faveur de **B.**_____ et **M.**_____ **SA**,

vu le recours exercé en temps utile par **B.S.**_____, **Z.**_____ et **N.**_____ contre cette décision,

vu le mémoire de **B.**_____ et **M.**_____ **SA**,

vu les déterminations de **B.S.**_____, **Z.**_____ et **N.**_____,

vu les déterminations de B._____ et M._____SA,
vu les pièces du dossier;

attendu qu'en vertu de l'art. 453 al. 1 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0), les recours formés contre les décisions rendues avant l'entrée en vigueur du nouveau code sont traités selon l'ancien droit par les autorités compétentes sous l'empire de ce droit;

attendu que X._____ et A.S._____ ont tous deux déposé plainte pénale le 22 février 2010 à l'encontre de B._____ et la société M._____SA pour gestion déloyale (P. 5 et 6),

qu'ils ont exposé avoir investi, par l'intermédiaire de la Q._____SA à Pully, plus de 200'000 fr. respectivement plus de 500'000 USD dans le fonds P._____) aux Iles Caymans,

que selon les plaignants, M._____SA et B._____, directeur de ladite société au moment des faits, étaient administrateurs de fait du fonds P._____,

qu'à la suite de fraudes présumées commises sur une transaction de céréales en Ukraine en janvier 2009, le fonds de placement aurait subi un préjudice financier important le conduisant finalement à une procédure de liquidation,

que les plaignants reprochent à B._____ et la société M._____SA de n'avoir informé la Q._____SA des fraudes susmentionnées qu'en mars 2009, alors qu'ils en auraient eu connaissance bien plus tôt et en auraient avisé certains investisseurs, autres que les plaignants, les privilégiant ainsi en leur permettant de récupérer leurs placements,

qu'ils considèrent que B._____ et M._____SA, en ayant agi de la sorte, ont violé le devoir de gestion qui découlait de leur fonction d'administrateurs de fait du fonds de placement, se rendant ainsi coupables de gestion déloyale à leur égard,

que B.S._____ a également déposé plainte contre les prévenus pour gestion déloyale le 23 février 2010, expliquant avoir investi un montant supérieur à 500'000 USD dans le fonds P._____, par l'intermédiaire de la Q._____SA à Pully (P. 9),

que par courrier du 1^{er} juin 2010, le conseil de X._____ et A.S._____ a précisé que ces derniers avaient déposé plainte le 22 février 2010 en leur nom personnel, ainsi qu'aux noms des sociétés Z._____ aux Seychelles et N._____ aux Iles Vierges (P. 23);

attendu que le magistrat instructeur a prononcé un non-lieu en faveur de B._____ et M._____SA, considérant en substance que les éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale n'étaient pas réunis,

que B.S._____, Z._____ et N._____ contestent cette décision,

que les recourants considèrent que, bien que connaissant l'existence de la fraude commise en Ukraine au préjudice du fonds P._____, B._____ et M._____SA auraient sciemment omis d'en informer la Q._____SA assez tôt pour leur permettre de récupérer leurs investissements dans le fonds avant que celui-ci n'essuie d'importantes pertes,

que ce manquement constituerait une violation de leur devoir de gestion découlant de la fonction d'administrateur de fait du fonds de placement,

qu'ils concluent principalement à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause au Juge d'instruction pour complément d'enquête;

attendu que se rend coupable de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), 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 aura permis qu'ils soient lésés,

que l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP suppose la réunion de quatre éléments, à savoir un devoir de gestion ou de sauvegarde, la violation de ce devoir, un dommage et l'intention;

attendu que seul peut avoir une position de gérant celui qui dispose d'une indépendance suffisante et qui jouit d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis (TF 6B_164/2010 du 1^{er} juin 2010 c. 2.1.1; ATF 129 IV 124 c. 3.1; ATF 123 IV 17 c. 3b),

que ce pouvoir peut se manifester non seulement par la passation d'actes juridiques, mais également par la défense, sur le plan interne, d'intérêts patrimoniaux ou par des actes matériels,

qu'il faut cependant que le gérant ait une autonomie suffisante sur tout ou partie de la fortune d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (TF 6B_164/2010 du 1^{er} juin 2010 c. 2.1.1; ATF 123 IV 17 c. 3b),

qu'est un gérant, celui qui doit veiller sur un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui en occupant une position indépendante et responsable qui lui a été conférée formellement ou dans les faits (Corboz, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2010, p. 427),

qu'un conseiller en placement ou un simple auxiliaire de la gestion n'a pas la qualité de gérant (Corboz, op. cit., p. 428),

qu'en l'espèce, selon le mémoire explicatif destiné aux investisseurs du fonds P._____, annexé aux plaintes des recourants (P. 6/1/7, 7/1/7 et 9/1/7, partiellement traduit sous P. 13/1), l'objectif de cette société était "de réaliser des rendements absolus stables au profit des actionnaires par l'intermédiaire de recherches d'opportunités d'affaires hautement sélectives, par des audits préalables, complets et par une gestion du portefeuille équilibrée",

que ce document mentionne que les dirigeants du fonds P._____ sont W._____ et G._____, que le gérant est la société L._____ dans les Iles vierges britanniques, que le conseiller en placement est M._____SA et que l'administrateur est [...] aux Iles Cayman,

que les dirigeants "sont responsables de l'ensemble de la gestion et du contrôle du Fonds", ceux-ci ayant délégué la responsabilité du placement des actifs du fonds au gérant, soit la société L._____,

que le gérant, soit L._____, est chargé "de gérer les placements du Fonds et le placement et réinvestissement de ses actifs conformément à l'objectif de placement et aux stratégies décrites dans le mémorandum, sous réserve d'un contrôle global des dirigeants",

que le mémoire explicatif indique que le gérant est autorisé à déléguer tout ou partie de ses fonctions et a ainsi nommé M. _____ SA pour agir en qualité de conseiller en placement auprès du gérant,

que ledit document relève à ce sujet que "le Conseiller en placement précise que, bien qu'il donne tous les conseils en matière de placements du Fonds conformément aux pouvoirs délégués par le Gérant, ce dernier prenant en compte ses conseils prendra toutes les décisions finales relatives aux placements et désinvestissements, conformément aux conditions prévues dans l'Accord de Gestion de Portefeuille. De plus, les parties à l'Accord de Gestion de Portefeuille s'accordent sur le fait que le conseil d'Administration du Fonds a toute discrétion et autorité pour formuler la stratégie générale de placement du Fonds",

qu'en outre, l'accord de gestion de portefeuille du 1^{er} juillet 2008 indique clairement que la gestion du fonds était confiée à L. _____ (P. 6/1/8),

que les échanges de courriels produits au dossier, notamment entre les représentants de M. _____ SA et [...], employé de la Q. _____ SA, ne démontrent pas non plus l'existence d'un pouvoir de disposition autonome, mais confirment le rôle de conseiller en placements tenu par la société prévenue,

qu'il ressort ainsi de ce qui précède que la société M. _____ SA et B. _____ ne disposaient pas d'une autonomie ou d'une indépendance suffisante permettant de les considérer comme des gérants au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP,

que M. _____ SA avait uniquement un rôle de conseiller en placements, ce qui ne lui procurait donc pas la qualité de gérant au sens de la doctrine et de la jurisprudence précitées,

que les dirigeants du fonds, soit W. _____ et G. _____, étaient seuls responsables de l'ensemble de la gestion et du contrôle du fonds, M. _____ SA n'agissant que sur délégation du gérant L. _____,

qu'au vu de ce qui précède le premier élément constitutif de l'infraction de gestion déloyale fait défaut;

attendu que le comportement délictueux consiste à violer le devoir de gestion susmentionné ou de sauvegarde des intérêts pécuniaires découlant de ce devoir (Corboz, op. cit., p. 428),

que les actes qui étaient conformes au devoir, même s'ils comportaient des risques, n'en sont pas une violation (Corboz, op. cit., p. 429),

que l'infraction de gestion déloyale n'est consommée que s'il y a eu préjudice (TF 6B_164/2010 du 1^{er} juin 2010 c. 2.1.3; TF 6B_931/2008 du 2 février 2009 c. 4.1),

que la gestion déloyale est une infraction intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant mais devant être caractérisé (TF 6B_931/2008 du 2 février 2009 c. 5.1; Corboz, op. cit., p. 430),

que le grief selon lequel les prévenus n'auraient pas informé les plaignants suffisamment tôt de l'existence de la fraude commise en Ukraine pour leur permettre de récupérer leurs investissements n'est pas établi,

qu'en effet, aucun élément au dossier démontre que B. _____ et/ou M. _____ SA auraient caché des informations à certains investisseurs alors qu'ils en auraient communiquées à d'autres,

qu'il ressort du rapport aux investisseurs que les premiers soupçons de fraude ne sont apparus que le 12 mars 2009 (P. 11/8),

que dès que M. _____ SA a disposé de preuves matérielles suffisantes de l'existence d'une fraude elle en a informé immédiatement les dirigeants de P. _____, soit le 24 mars 2009 (ibidem),

que la notification aux investisseurs de cette fraude par les dirigeants a été faite le 30 mars 2009, soit 6 jours après que M. _____ SA ait eu des preuves suffisantes (ibidem),

qu'il ressort dès lors du dossier que les prévenus n'ont pas violé le devoir de gestion, pour autant qu'ils en aient eu un, à l'égard du fonds,

qu'en outre, il convient de relever que M. _____ SA a elle-même essuyé des pertes, ainsi que le frère de B. _____ (PV aud. 2),

que toute intention délictuelle fait ainsi également défaut,

qu'au vu de ce qui précède, les éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP ne sont pas réalisés,

que c'est donc à juste titre que le magistrat instructeur a prononcé un non-lieu en faveur de M. _____ SA et de B. _____;

attendu, en définitive, que le recours est rejeté et l'ordonnance confirmée,

que le Code de procédure pénale ne prévoit pas de dépens alloués à la partie qui obtient gain de cause devant le Tribunal d'accusation (Bovay, Dupuis, Monnier, Moreillon, Piguet, Procédure pénale vaudoise, Bâle 2008, n. 6.3 ad art. 163 CPP, p. 182; JT 1962 III 64),

que les frais du présent arrêt sont mis à la charge des recourants (art. 307 CPP-VD), solidairement entre eux.

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 770 fr. (sept cent septante francs), sont mis à la charge de B.S._____, Z._____ et N._____, solidairement entre eux.
- IV.** Déclare l'arrêt exécutoire.

Le président :

La greffière :

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. Antoine Eigenmann, avocat (pour B.S._____, Z._____ et N._____),

- M. Jacques Michod, avocat (pour B. _____ et M. _____ SA).

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

- M. le Procureur général du canton de Vaud.

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).

La greffière :