

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 24 octobre 2017

---

Composition : M. MAILLARD, président  
MM. Meylan et Perrot, juges  
Greffière : Mme Mirus

\*\*\*\*\*

**Art. 158 CP ; 310 ss, 393 ss CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 11 mai 2017 conjointement par **D.B.**\_\_\_\_\_ et **B.B.**\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 3 mai 2017 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE16.020705-KBE**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A.** Le 14 octobre 2016, les époux D.B.\_\_\_\_\_ et B.B.\_\_\_\_\_ ont déposé plainte pénale contre les représentants de la société J.\_\_\_\_\_SA. A l'appui de leur plainte, ils ont expliqué qu'en 2011, ils avaient confié leur capital retraite 2<sup>ème</sup> pilier de 500'000 fr. à J.\_\_\_\_\_SA, société spécialisée

en gestion de patrimoine, après avoir reçu l'assurance que leur argent rapporterait en moyenne 10% par an. En 2016, alarmés par la fonte continue de leur capital, ils auraient exigé de J.\_\_\_\_\_SA qu'elle respecte ses engagements et auraient rencontré des représentants les 19 et 30 mai 2016. J.\_\_\_\_\_SA aurait refusé d'entrer en matière s'agissant de leurs revendications pécuniaires de 200'000 francs.

**B.** Par ordonnance du 3 mai 2017, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a refusé d'entrer en matière (I) et a laissé les frais à la charge de l'Etat (II).

Le procureur a relevé que, selon les documents produits par les plaignants, notamment les procès-verbaux de séances qu'ils avaient tenues avec des représentants de J.\_\_\_\_\_SA, D.B.\_\_\_\_\_ avait retiré de son compte des mensualités de 5'000 fr., ainsi que des montants supplémentaires, diminuant ainsi le capital de gestion (P. 4/6). Lors des entretiens avec les représentants de J.\_\_\_\_\_SA, D.B.\_\_\_\_\_ avait indiqué que, selon lui, les retraits mensuels de 5'000 fr. correspondaient à la rente convenue sur son capital initial de 500'000 fr., soit 12% l'an (P. 4/5). Selon le procès-verbal de la séance du 30 mai 2016 (P. 4/5), les représentants de J.\_\_\_\_\_SA soutenaient de leur côté que la baisse du capital des plaignants correspondait aux retraits que ceux-ci avaient effectués et non à une faute dans la gestion de ce capital qui pouvait être imputable à J.\_\_\_\_\_SA. Selon cette dernière, ces retraits en capital correspondaient à des soustractions en capital. Toujours selon ce procès-verbal, les représentants de J.\_\_\_\_\_SA avaient soutenu qu'ils ne s'étaient jamais engagés à garantir des gains correspondant à des retraits mensuels de 5'000 francs.

Pour le procureur, il convenait en outre de relever une incohérence dans les allégations des plaignants. En effet, lors des entretiens avec les représentants de J.\_\_\_\_\_SA, D.B.\_\_\_\_\_ revendiquait des gains de 12% par an, alors que dans leur plainte pénale, les époux indiquaient avoir reçu l'assurance que leur capital leur rapporterait 10% l'an. Ces contradictions laissaient supposer qu'aucun

chiffre précis n'avait été négocié entre les parties. A la lecture des contrats signés avec J.\_\_\_\_\_SA, aucun pourcentage de gain annuel n'était stipulé. Selon le profil d'investissement annexé signé par les parties le 12 juillet 2013 (P. 6/4), l'objectif principal pour les avoirs placés consistait dans « le financement du train de vie du client » sans précision chiffrée. Il était en outre simplement mentionné que le client souhaitait pouvoir faire un retrait mensuel de 5'000 francs. Toujours selon ce document, les plaignants avaient indiqué qu'ils souhaitaient « une stratégie équilibrée de la part du gestionnaire de fortune avec une volonté d'augmenter le capital avec un risque moyen, sans forcément de rendement ». Aucun des documents signés ne mentionnait spécifiquement que J.\_\_\_\_\_SA s'était engagée à garantir des gains chiffrés, notamment des gains de 10 ou 12%, ou des gains mensuels de 5'000 francs. On ne pouvait dès lors reprocher à J.\_\_\_\_\_SA de ne pas avoir honoré ses engagements. Il semblait en outre que la diminution du capital de base des plaignants résultait plus des prélèvements que ces derniers avaient effectués sur leur capital que d'une violation du devoir de gestion de la part de J.\_\_\_\_\_SA. Si les parties avaient effectivement décidé d'un gain de 10 ou 12% l'an, il était surprenant que les plaignants aient attendu si longtemps avant de réagir, alors que J.\_\_\_\_\_SA ne respectait pas ses engagements et ne gérait pas leur capital selon les instructions qu'ils avaient données. Il ressortait en effet d'un courrier adressé le 19 juin 2016 par les plaignants à J.\_\_\_\_\_SA (P. 4/4) qu'ils recevaient des relevés de comptes périodiques de la part de la BCV, banque auprès de laquelle était déposé leur capital. Ils auraient ainsi dû rapidement se rendre compte que les objectifs qu'ils espéraient n'étaient pas atteints et requérir des explications auprès de J.\_\_\_\_\_SA, voire entreprendre des mesures pour que leur gestionnaire de fortune modifie la manière de gérer leur capital, ce qu'ils n'avaient pas entrepris avant le mois de mai 2016. A cet égard, le document « Pouvoir de gestion ordinaire » (P. 6/3) mentionnait en page 4 que : « le client s'engage à examiner rapidement les transactions que le mandataire effectuera dans l'exécution de son mandat, s'il estime qu'une transaction ne correspond pas à ses objectifs, n'est pas couverte par le mandat, n'est pas opportune, n'est pas compatible avec la diligence que le mandataire lui doit. Il s'engage à avertir le mandataire, ou, à défaut, il est

préssumé avoir ratifié la transaction concernée. En l'absence de réaction du client, le mandataire est autorisé à partir de l'idée que la politique suivie correspond au profil du client ». L'absence de réaction des plaignants avait ainsi entraîné une acceptation tacite de la manière dont J. \_\_\_\_\_ SA gérait leur capital qui semblait leur convenir et correspondre à leurs attentes.

Enfin, les plaignants ne pouvaient se prévaloir du fait qu'ils étaient des novices dans le domaine et qu'ils ne comprenaient pas ce qui se passait. Ils avaient en effet indiqué dans le profil d'investissement (P. 6/4) qu'ils avaient de l'expérience avec les instruments financiers en général et en particulier dans le domaine des marchés monétaires, des actions, des dérivés et produits structurés ainsi que des véhicules de placements collectifs de capitaux (fonds de placement, SICAV).

Il n'apparaissait donc pas que J. \_\_\_\_\_ SA ait commis une faute pénalement répréhensible dans la gestion du capital des plaignants. Aucune infraction pénale n'était réalisée. Il appartenait aux plaignants de s'adresser au juge civil compétent, s'ils l'estimaient nécessaire.

**C.** Par acte du 11 mai 2017, D.B. \_\_\_\_\_ et B.B. \_\_\_\_\_ ont conjointement recouru auprès de la Chambre des recours pénale contre cette ordonnance.

Par avis du 16 mai 2017, la direction de la procédure a imparti aux recourants un délai au 6 juin 2017, prolongé au 30 juin 2017, pour effectuer un dépôt de 550 fr. à titre de sûretés, avec l'indication qu'à défaut de paiement en temps utile, il ne serait pas entré en matière sur le recours. Les intéressés se sont acquittés de cette somme en temps utile.

Par acte du 19 octobre 2017, le Ministère public a indiqué qu'il n'entendait pas déposer de déterminations et qu'il se référait à son ordonnance du 3 mai 2017.

**En droit :**

**1.** Les parties peuvent attaquer une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le ministère public (art. 310 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0]) dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 310 al. 2, 322 al. 2 CPP; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP) qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse; RSV 312.01]; art. 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

En l'espèce, interjeté en temps utile et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP) auprès de l'autorité compétente, par les parties plaignantes qui ont qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

**2.** Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le Ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. L'entrée en matière peut encore être refusée au terme des investigations policières (art. 306 et 307 CPP) – même diligentées à l'initiative du Procureur –, si les conditions de l'art. 310 al. 1 let. a CPP sont réunies (TF 1B\_183/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3).

Selon cette disposition, il importe donc que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient manifestement pas réunis. En d'autres termes, il faut être certain que l'état de fait ne constitue aucune infraction, ce qui est le cas lors de litiges purement civils. Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans les cas clairs du point de vue des faits mais également du droit; s'il est nécessaire de clarifier l'état de fait ou de procéder à une appréciation juridique approfondie, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte. En règle générale, dans le doute, il convient d'ouvrir une enquête pénale (ATF 137 IV 285, JdT 2012 IV 160 consid. 2.3 et les

références citées). En revanche, le Ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (TF 1B\_67/2012 du 29 mai 2012 consid. 3.2).

### **3.**

**3.1** Les recourants se plaignent d'un abus du pouvoir d'appréciation. Ils soutiennent n'avoir aucune connaissance dans le domaine du placement et d'investissement de fonds ainsi que dans l'utilisation des outils boursiers, compte tenu de leurs formations respectives d'assistante en pharmacie et d'agent de voyage. Ils reprochent en outre au procureur de ne pas avoir examiné la problématique des rétro-commissions.

**3.2** L'art. 158 CP punit 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 sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1 al. 1). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3). Sur le plan objectif, il faut, donc, que l'auteur ait un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation qui lui revient en cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement; le dol éventuel suffit, mais il doit être caractérisé.

L'infraction réprimée par l'art. 158 ch. 1 CP ne peut être commise que par une personne qui revêt la qualité de gérant. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une personne à qui incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). La qualité de gérant suppose un degré d'indépendance suffisant et un pouvoir de disposition autonome sur les biens administrés. Ce pouvoir peut aussi bien se manifester par la passation d'actes juridiques que par la

défense, au plan interne, d'intérêts patrimoniaux, ou encore par des actes matériels, l'essentiel étant que le gérant se trouve au bénéfice d'un pouvoir de disposition autonome sur tout ou partie des intérêts pécuniaires d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (ATF 123 IV 17 consid. 3b p. 21).

Le gérant de fortune constitue un exemple type de gérant au sens de l'art. 158 CP. La doctrine admet que « l'introducing broker », à savoir l'intermédiaire entre le client investisseur et le gestionnaire (broker), revêt la qualité de gérant, même si les fonds à gérer ne passent pas par son intermédiaire, mais que celui-ci est habilité à donner des ordres d'achat ou de vente au broker pour le compte de l'investisseur (TF 6B\_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.1).

Pour qu'il y ait gestion déloyale, il faut que le gérant ait violé une obligation liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3c p. 22). Le comportement délictueux consiste à violer le devoir de gestion ou de sauvegarde. Pour dire s'il y a violation, il faut déterminer concrètement le contenu du devoir imposé au gérant. Cette question s'examine au regard des rapports juridiques qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires qu'il administre, compte tenu des dispositions légales ou contractuelles applicables (TF 6B\_967/2013 précité).

La notion de dommage au sens de la gestion déloyale doit être comprise comme pour les autres infractions contre le patrimoine, en particulier l'escroquerie (ATF 122 IV 279 consid. 2a). Ainsi, le dommage est une lésion du patrimoine sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif, mais aussi d'une mise en danger de celui-ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique (ATF 129 IV 124 consid. 3.1; ATF 123 IV 17 consid. 3d). Il n'est pas nécessaire que le dommage corresponde à l'enrichissement de l'auteur, ni qu'il soit chiffré; il suffit qu'il soit certain (TF 6B\_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 4.1).

L'art. 398 al. 2 CO, qui prévoit que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat, s'applique à la gestion de fortune (ATF 124 III 155).

Le devoir de fidélité oblige le mandataire à s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de son mandant. Le gérant doit éviter tout agissement qui cause un préjudice au client. Ainsi, il ne peut pas entreprendre des placements inutiles dans le seul but de débiter à ce dernier des commissions pour les transactions effectuées. Il ne peut effectuer des mouvements dans le portefeuille du client qui ne se justifient nullement au vu des intérêts de celui-ci, mais qui ont pour unique but de fonder des commissions, ce que la pratique qualifie de « churning » ou barattage. Un tel procédé, qui porte gravement atteinte aux intérêts du client, a été considéré comme tombant sous le coup de l'art. 158 CP (TF 6B\_967/2013 précité).

En particulier, les conseillers ou intermédiaires en investissement qui sont spécialisés dans le négoce en bourse de produits dérivés sont soumis, à côté d'un devoir d'information, à un devoir de conseil et de mise en garde. Ces devoirs existent non seulement lors des pourparlers, mais également pendant l'exécution du contrat. Ainsi, le gérant est tenu de renseigner le client quand certains faits nouveaux pourraient amener le client soit à retirer le mandat, soit à en préciser le contenu. Il doit notamment informer le client sur toutes les pertes importantes survenues, sur les risques de conflits d'intérêts ou sur des changements de politique dans les placements. Il doit avertir le client si l'importance de la rémunération est telle qu'elle influe sur le résultat de la gestion (TF 6B\_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.2.1 et les réf. citées).

La jurisprudence a eu en outre l'occasion de préciser que tombait sous le coup de la gestion déloyale, le comportement de celui qui, sans se livrer à du barattage, occasionne un nombre indésirable d'opérations dont il résulte des commissions disproportionnées par rapport au capital investi. Pour juger de la disproportion, il faut appliquer le taux

appliqué aux taux habituellement applicables qui se situent entre 0,3 à 1% du capital investi ou entre 7 et 15% du bénéfice (TF 6B\_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.2.1).

**3.3** En l'espèce, on manque d'informations sur l'étendue des dommages. Si l'on en croit le procès-verbal de la séance du 30 mai 2016 dans les locaux de J.\_\_\_\_\_SA (P. 4/5), le capital placé sous gestion aurait passé de 500'000 fr. à 230'000 fr. entre 2011 et 2016. On ne dispose cependant d'aucune pièce sur ce point et cette question doit être éclaircie. Il en va de même des prélèvements opérés par les plaignants. Selon ces derniers, ils se monteraient à 98'000 fr., alors que les représentants de J.\_\_\_\_\_SA font état d'un retrait total de 380'000 francs. En outre, certains indices, en particulier l'absence totale d'expérience des recourants en la matière et la mention expresse dans le profil d'investissement d'un prélèvement mensuel de 5'000 fr. paraît accréditer la thèse des plaignants selon laquelle on leur aurait fait miroiter un rendement garanti de l'ordre de 10 à 12 % du capital investi. De surcroît, au vu de la part considérable représentée par ce capital dans la fortune de ces retraités, le profil d'investissement faisant état de plus de 75 %, on peine à envisager que les recourants puissent avoir accepté de prendre un risque « moyen », sans avoir été trompés sur le produit. En l'état, on ne peut exclure l'infraction de gestion déloyale, voire même d'escroquerie dans le cadre de la conclusion du contrat, et on ne peut ainsi conclure, comme le procureur, que la responsabilité pénale des représentants de J.\_\_\_\_\_SA n'est pas engagée. Il conviendra préalablement de déterminer la quotité exacte de la perte, après déduction des montants prélevés par les plaignants, et ses causes (fluctuations de titres imprévues ou, au contraire, barattage ou prélèvement indu de frais, notamment).

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le Ministère public a rendu une ordonnance de non-entrée en matière.

**4.** En définitive, le recours doit être admis, l'ordonnance attaquée annulée et le dossier de la cause renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants qui précèdent.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 990 fr. (art. 422 al. 1 CPP et 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP).

Le montant de 550 fr. versé par les recourants à titre de sûretés leur sera restitué (art. 7 TFIP).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 3 mai 2017 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Le montant de 550 fr. (cinq cent cinquante francs) versé par D.B. \_\_\_\_\_ et B.B. \_\_\_\_\_ à titre de sûretés leur est restitué.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. D.B. \_\_\_\_\_,
- Mme B.B. \_\_\_\_\_,
- Ministère public central ;

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois,

par l'envoi de photocopies.

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). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :