

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Séance du 6 août 2013

Présidence de M K R I E G E R, président
Juges : Mme Dessaux et M. Maillard
Greffier : M. Ritter

Art. 319 CPP; 138, 158 CP

La Chambre des recours pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par **Y.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 25 janvier 2013 par le Ministère public central, Division entraide, criminalité économique et informatique, dans la cause n° **PE10.007846-NCT** dirigée contre **W.**_____.

Elle considère;

E n f a i t :

A. **a)** Y._____, avocat au barreau de [...], et W._____, agent agréé par la Fédération française de football et résident fiscal en Suisse, sont l'un et l'autre actifs dans le domaine du football international; ils

agissent en qualité de représentants et d'agents de joueurs et/ou de clubs. Leurs activités impliquent en particulier la négociation de transferts de footballeurs d'un club à l'autre.

A Lyon (France), le 16 juin 2008, Y._____ et W._____ ont signé un contrat dit de partenariat (P. 27/1) portant sur le transfert du joueur [...] du club français [...] à celui de [...]. Cet accord prévoyait notamment une clé de répartition de la commission à percevoir lors de ce transfert. Il stipulait par ailleurs que toute modification contractuelle ultérieure devrait revêtir la forme écrite et être adoptée à l'unanimité des parties.

A Genève, le 8 décembre 2008, parties ont signé un contrat de partenariat prévoyant, en substance, que les parties s'associeraient de manière non exclusive et au cas par cas pour des opérations de transferts de joueurs. Ils s'obligeaient par ailleurs à se partager l'intégralité des bénéfices nets réalisés à parts égales entre eux, sous déduction des frais engagés (P. 6/1 et P. 34/1); aucune clause ne traitait plus avant de la quotité et de la nature desdits frais. Enfin, dans une annexe au contrat, ils ont dressé une liste des joueurs et des clubs concernés par leur accord (P. 6/1 et P. 34/2). Ce contrat a été complété par un addendum signé le 22 mai 2009 à Wolfsburg (Allemagne). Cet avenant prévoyait ce qui suit en son ch. 1.2 :

"(...). Pour ce qui concerne le compte bancaire à utiliser pour toutes ces opérations couvertes par le Contrat de Partenariat, il est en outre convenu que le Contrat de Partenariat est réputé contenir dès signature de cet Addendum un nouvel article 4 dont le texte est le suivant :

«Les parties conviennent qu'un compte bancaire sera immédiatement ouvert hors du territoire suisse au nom de W._____ (ou d'une société au travers de laquelle il déciderait d'exercer son activité d'agent et qui jouit du régime fiscal aussi avantageux que celui de M. W._____ personnellement) auprès d'une banque de premier plan choisie par les deux parties, sur lequel (i) M. Y._____ aura procuration et (ii) toute opération ou instruction nécessitera la signature collective à deux des deux parties (le « Compte »). Il est entendu que l'intégralité des sommes et rémunérations payables à l'une ou l'autre des parties par un club ou un joueur dans le cadre d'une opération soumise au Partenariat, devront être versées sur le compte, avant répartition à parts égales entre

les parties selon l'art. 2. Toute facture à un club ou à un joueur devra mentionner ce Compte à l'exclusion de tout autre.» (P. 6/2 et P. 34/3).

Il s'agissait d'économiser fiscalement les profits découlant de l'activité d'agent de W._____ pour autant que celle-ci ait été exécutée hors de notre pays, à la faveur de l'imposition à forfait de l'intéressé en Suisse (cf. avenant, ch. 1.1). En dérogation au contrat initial, l'avenant disposait en outre notamment (ch. 5.2) qu'en cas de prochain transfert du footballeur [...], 200'000 euros, à prélever sur le bénéfice de cette opération, seraient prioritairement versés à Y._____ au titre de compensation d'une perte subie par ce dernier lors d'une opération précédente relative à ce joueur, avant partage par moitié du solde du bénéfice entre le prénommé et W._____. Ce transfert du club ukrainien [...] au club français [...] [...] a été négocié par les parties avec succès le 2 juillet 2009 pour une commission de 500'000 euros, perçue par Y._____ (P. 34/25, avec traduction libre; PV aud. 3, lignes 52-53). Il est constant, car découlant des aveux des parties, que Y._____ a, d'une part, conservé par-devers lui 200'000 euros sur le montant du transfert et a, d'autre part, rétrocédé la moitié du solde, soit 150'000 euros, à W._____, sous déduction d'une avance de 75'000 euros précédemment consentie, en gardant l'autre moitié (P. 33/1, ch. 33 et 34, P. 59/1, ch. 18 et P. 113/1, ch. 12).

Avec effet au 24 juillet 2009, parties ont ouvert la relation bancaire commune prévue par l'avenant du 22 mai 2009, auprès d'un établissement monégasque, le compte étant opérationnel dès cette date en tout cas (P. 6/3 et 34/17); conformément au ch. 1.2 de l'avenant, les parties disposaient ainsi de la signature collective à deux sur le compte, Y._____ étant au bénéfice d'une procuration. Toutefois, la commission de transfert d' [...] ayant été créditée sur le compte en banque personnel de Y._____ au lieu de l'être sur le compte commun des parties (P. 34/25, déjà citée), W._____ a, par lettre du 7 octobre 2009, réservé ses droits à l'égard de son cocontractant. Il lui annonçait que, dorénavant, il percevrait aussi sur son propre compte en banque les montants issus des opérations de transferts de joueurs convenues contractuellement entre parties et qu'il lui reverserait ensuite la part qui lui revenait (P. 34/16).

En juin 2009, les parties, ainsi qu'un tiers, avaient élaboré un projet de contrat de partenariat concernant le transfert du joueur [...] du club slovaque [...] au club français [...]. Ce projet prévoyait notamment une clé de répartition de la commission à percevoir lors du transfert (P. 27/2). Aucun contrat n'a toutefois été conclu. Le joueur en question n'en a pas moins été transféré conformément aux modalités prévues lors des négociations. A cette occasion, W._____ a perçu 97'930 euros le 12 février 2010 (P. 20/11, p. 13, et P. 54/6).

Les parties ont en outre renégocié le contrat liant le joueur [...] au club allemand de [...]. A cette occasion, W._____ a reçu les montants suivants : 204'000 euros le 2 avril 2009, 284'000 euros le 14 août 2009, 213'000 euros le 28 septembre 2009 et 355'000 euros le 22 septembre 2010 (P. 20/11, pp. 4, 7, 8 et 17). Elles ont également pourvu au transfert du joueur [...] du club français de l' [...] au club espagnol [...], pour un montant de 100'000 euros (PV aud. 2, ligne 157). Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, la part de bénéfice versée par W._____ à Y._____ a été amputée de frais divers, s'agissant tant d'impenses personnelles de celui-là que de rétributions versées à des personnes de l'entourage du joueur (P. 50/1; PV aud. 2, lignes 161-167). Opérées unilatéralement par W._____, ces déductions n'ont pas fait l'objet de négociations entre parties. Le prévenu a en outre perçu 114'000 euros sur son compte personnel pour le transfert du joueur [...] du club français [...] au club de [...] (PV aud. 2, lignes 177-185). W._____ a allégué que cette opération n'était pas soumise au contrat le liant au plaignant et qu'il était dès lors habilité à conserver l'entier de la commission (PV aud. 2, ligne 188-189). Aucune pièce n'étaye le contraire; en particulier, ce joueur ne figure pas sur la liste annexée au contrat du 8 décembre 2008.

Le contrat de partenariat passé le 8 décembre 2008 - y compris son avenant - a été résilié par W._____ par lettre du 29 septembre 2009 (P. 6/5/9 et 34/14).

b) Le 31 mars 2010, Y. _____ a déposé plainte contre W. _____ (P. 4 et 5). Lui faisant grief de violation de ses obligations contractuelles, en particulier d'avoir violé son devoir d'utiliser le compte bancaire commun pour encaisser les indemnités de transfert soumises à l'accord de partenariat, il soutenait que le prévenu avait, d'une part, gardé par-devers lui la contre-valeur d'indemnités de transfert de joueurs en les encaissant sur son compte personnel au lieu de lui verser la part qui devait lui revenir et qu'il avait, d'autre part, procédé à des défraiement excessifs (car somptuaires ou indus) au préjudice des parties. Il requérait en outre le séquestre pénal du compte bancaire personnel du prévenu ouvert auprès d'un établissement suisse ([...]).

Le prévenu a contesté les griefs dirigés contre lui. Interrogé deux fois séparément (PV aud 2 et 6) et confronté quatre fois au plaignant (PV aud. 3, 4, 5 et 7), il a fait valoir notamment qu'il avait dû concéder des frais, soit en particulier des rémunérations en faveur d'intermédiaires brésiliens en plus de ses propres dépenses, pour mener à bien certains transferts à l'origine de la plainte, notamment celui de [...] (cf. not. PV aud. 2, lignes 119-127). Quant à ses revenus, il a exposé avoir perçu 100'000 euros en 2008, 50'000 euros en 2009 et 30'000 euros en 2010 (PV aud. 6, lignes 27 et 44-48). Il a soutenu qu'il avait été convenu avec le plaignant que ce dernier renoncerait à percevoir sa part de bénéfice en raison d'une compensation de créance liée au transfert d'un autre joueur, [...], au club de l' [...], le plaignant ayant, selon lui, conservé par-devers lui la commission afférente à ce transfert (PV aud. 6, lignes 79-82). Aucune pièce n'étaye le contraire.

c) Après visite domiciliaire (P. 55) et par la voie de l'entraide judiciaire internationale (cf. notamment P. 101/9), il a été procédé à divers séquestres, portant sur des valeurs patrimoniales en espèces en mains du prévenu (ordonnance du 23 novembre 2010, confirmée par décision du 24 mai 2012), respectivement sur la contre-valeur de créances inscrites au crédit du celui-ci dans les livres d'un tiers, à savoir le club de l' [...]; par ordonnance du 24 novembre 2010, le Procureur a ordonné le séquestre et

le blocage du compte courant, du dépôt de titres et du contenu du compartiment de coffre-fort ouvert par le prévenu auprès de [...].

d) Le 19 avril 2012, le Procureur a invité les parties à lui faire savoir, dans un délai échéant au 21 mai suivant, quelles pièces saisies au domicile du prévenu leur semblaient utiles à la manifestation de la vérité (P. 110). Le plaignant a demandé une prolongation de délai, qui a été rejetée faute de motivation (cf. not. P. 114); il n'a pas procédé sur l'écriture du magistrat, pas plus qu'il n'a déposé la liste des adresses manquantes des témoins que la direction de la procédure l'invitait à produire (P. 103). Il a toutefois adressé des déterminations complémentaires portant sur les faits reprochés au prévenu le 5 octobre 2012 (P. 129) et, dans le délai de prochaine clôture, le 10 décembre 2012 (P. 134).

B. Par ordonnance de classement du 25 janvier 2013, le Ministère public central, division entraide, criminalité économique et informatique, a, notamment, classé la procédure pénale dirigée contre W._____ pour abus de confiance et gestion déloyale (I), tout en levant les divers séquestres et statuant sur les frais et dépens (II à VII).

Le procureur a notamment considéré, s'agissant du classement, que le plaignant et le prévenu avaient entretenu des rapports contractuels flous et équivoques malgré les accords écrits censés régler leur partenariat; dès lors, faute de tout indice contraire, le prévenu, qui a toujours nié les accusations portées à son encontre, pouvait être mis au bénéfice de ses déclarations. Le magistrat a ainsi estimé que les faits dénoncés n'étaient pas suffisamment caractérisés pour tomber sous le coup de la loi pénale; bien plutôt, le litige serait de nature exclusivement civile. Enfin, il a relevé que plus rien ne justifiait le maintien des séquestres ordonnés en cours d'enquête.

C. Le 11 février 2013, Y._____ a recouru contre cette ordonnance. Il a conclu principalement, avec suite de frais et dépens, à son annulation, la cause étant renvoyée au Ministère public pour qu'il procède à une nouvelle instruction et qu'il rende une nouvelle décision. Subsidiairement, il a conclu au renvoi de la cause au Procureur afin qu'il dresse un acte d'accusation contre le prévenu pour abus de confiance et gestion déloyale. Enfin, il a conclu, «dans tous les cas», au maintien des séquestres.

E n d r o i t :

1. L'ordonnance attaquée a été reçue par le conseil du plaignant le 30 janvier 2013 selon l'allégué crédible de la partie. Le délai de recours a commencé à courir le lendemain pour venir à échéance le samedi 9 février 2013, terme reporté d'office au premier jour utile suivant, soit au lundi 11 février 2013 (art. 90 al. 2 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0]). Le recours a été interjeté dans le délai légal (art. 322 al. 2 CPP et art. 396 al. 1 CPP) contre une décision du Ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP). La partie plaignante a la qualité pour recourir contre la libération du prévenu (art. 382 al. 1 CPP; Garbarski, *Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale; état des lieux de la jurisprudence récente, in : SJ 2013 II 123 ss, spéc. let. H., pp. 142 ss; JT 2013 III 20, avec note de Pierre-Henri Winzap*), de même que sur le sort des accessoires, soit des séquestres. Interjeté de surcroît dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. a) Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsque aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), à savoir lorsque les soupçons initiaux qui ont conduit le ministère public à ouvrir une instruction n'ont pas été confirmés (Grädel/Heiniger, *in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Bâle 2011, n. 8 ad art. 319 CPP, p. 2208*), ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne

sont pas réunis (let. b), à savoir lorsque le comportement incriminé, quand bien même il serait établi, ne réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'aucune infraction pénale (Grädel/Heiniger, op. cit., n. 9 ad art. 319 CPP).

b) De manière générale, les motifs de classement sont ceux "qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement" (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose donc lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude (ATF 137 IV 219). La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation (ATF 138 IV 86 c. 4.1.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 c. 3.1.1). Le principe "*in dubio pro duriore*" exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 138 IV 86 c. 4.1.1; ATF 138 IV 186; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 c. 3.1.1).

3. a) A l'appui de ses conclusions principales, le recourant soutient que l'enquête est incomplète pour ce qui est de divers agissements imputés au prévenu; selon lui, le Procureur aurait dû procéder à d'autres confrontations entre parties, élucider des documents qualifiés par lui de contradictoires et mieux circonscrire les rapports entre les deux protagonistes (recours, ch. 25). A l'appui de ses conclusions subsidiaires, il fait valoir que l'enquête a d'ores et déjà permis de recueillir des preuves justifiant le renvoi en jugement du prévenu pour les infractions d'abus de confiance et de gestion déloyale, réprimées respectivement par les art. 138 et 158 CP (Code pénal; RS 311.0).

b) Quant aux conclusions principales du recours, le plaignant ne fait qu'opposer sa propre version des faits à celle du prévenu sans la documenter plus avant. En particulier, la référence à son écriture du 10 décembre 2012 est vaine, dans la mesure où son procédé ne fait que récapituler les opérations litigieuses et comptabiliser les montants dont il s'estime créancier du prévenu. Les faits mentionnés dans cette détermination n'étaient pas outre mesure le caractère pénal des agissements imputés à son ex-partenaire d'affaires, comme on le verra plus en détail ci-dessous. Pour le reste, le recourant n'a pas déposé la liste des adresses des témoins que lui réclamait la direction de la procédure, même s'il tente désormais de minimiser la portée de sa carence (recours, ch. 17). Il n'a pas davantage donné suite à l'écriture du Procureur invitant les parties à se déterminer sur les pièces saisies auprès du prévenu en désignant celles qui leur paraissaient utiles à la manifestation de la vérité (P. 110). Enfin, on ne voit pas en quoi une cinquième confrontation entre parties pourrait résoudre les contradictions entre leurs versions des faits. Dès lors, l'état de fait ne peut être complété par des mesures d'instruction. Bien plutôt, le dossier comporte, en l'état, les éléments déterminants pour le sort de l'action pénale, à savoir les bases contractuelles de l'activité commune des parties, les rétributions perçues par le prévenu lors des opérations soumises au contrat et les défraiements concédés par ce dernier.

Ce qui précède implique le rejet des conclusions principales du recours.

c) Pour ce qui est des conclusions subsidiaires du recours, la première question à trancher est celle de la nature des relations contractuelles entre parties. Il est établi que les intéressés ont joint leurs forces et leurs moyens pour des opérations de transferts de joueurs. Bien que non qualifié, leur accord constitue un contrat de société simple au sens des art. 530 ss CO (Code des obligations; RS 220).

L'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158, spécialement ch. 1, CP ne peut être commise que par une personne qui

revêt la qualité de gérant; il s'agit d'un élément constitutif objectif de l'infraction. 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 c. 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 c. 3b p. 21). Un tel devoir incombe notamment aux organes des sociétés commerciales, à savoir aux membres du conseil d'administration et à la direction, ainsi qu'aux organes de fait (TF 6B_728/2012 du 18 février 2013 c. 2.1 in fine et les références). Or, la qualité de membre d'une société simple ne confère pas en soi celle de gérant (Dupuis/Geller/ Monnier/Moreillon/ Piguët/Bettex/Stoll [éd.], Petit commentaire CP, Bâle 2012, n. 12 ad art. 158 CP, p. 912). Cette qualité n'implique en effet en elle-même aucun pouvoir ou devoir légal, contractuel, voire de fait, d'intervenir de façon indépendante dans les affaires d'autrui (op. cit., ibid.). Dès lors, tout renvoi du prévenu pour répondre de l'infraction de gestion déloyale ne pourrait aboutir qu'à son acquittement.

Pour ce qui est de l'infraction d'abus de confiance (art. 138 CP), le plaignant fait grief au prévenu d'avoir détourné, sous le couvert de défraiements, respectivement de commissions en faveur de tiers, une partie de la part de bénéfice lui revenant. Cette infraction ne saurait toutefois entrer en ligne de compte, faute de choses mobilières ou de valeurs patrimoniales qui auraient été confiées à l'intimé et qu'il se serait appropriées, respectivement aurait utilisées à son profit ou à celui d'un tiers.

En effet, pour commettre un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, l'auteur doit avoir acquis la possibilité de disposer

de valeurs patrimoniales qui appartiennent économiquement à autrui, mais dont, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou à un autre rapport juridique, il ne pouvait faire qu'un usage déterminé, à savoir les conserver, les gérer ou les remettre (ATF 133 IV 21 c. 6.2 p. 27). Le comportement délictueux consiste à utiliser les valeurs patrimoniales contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (ATF 129 IV 257 c. 2.2.1 p. 259). Il s'agit d'un élément constitutif objectif de l'infraction (ibid.; TF 6B_160/2012 du 5 avril 2013 c. 2.1; Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 28 ad art. 138 CP, p. 754).

Dans le cas particulier, le contrat initial de société simple, à l'instar de son avenant, ne prévoit aucune limitation aux frais devant être déduits avant répartition du bénéfice entre associés, s'agissant tant de la nature que du montant des défraiements. Partant, même si, comme le plaide le recourant, les frais personnels engagés par le prévenu ou les commissions versées par lui à des tiers devaient, pour partie au moins, se révéler somptuaires ou excessifs (cf. p. ex. le séjour de trois jours au Ritz-Carlton de Wolfsburg pour un coût de 2'606,50 euros : P. 50/1/51; l'affrètement d'un avion privé pour 25'000 euros : PV. aud. 2, ligne 162), on ne saurait pour autant retenir l'existence de valeurs patrimoniales confiées, faute d'instructions aux associés ou au prévenu spécifiquement, soit d'accord (exprès ou tacite) au sens de la jurisprudence ci-dessus portant sur l'usage desdites valeurs. D'un point de vue pénal, rien n'interdisait donc au prévenu de procéder unilatéralement à des défraiements, pour des montants si élevés eussent-ils été. Dès lors, tout renvoi du prévenu pour répondre de l'infraction d'abus de confiance ne pourrait aboutir qu'à son acquittement.

Ce qui précède implique le rejet des conclusions subsidiaires du recours.

d) Il en va de même de la conclusion portant sur les séquestres, l'accessoire suivant le sort du principal après le classement de la procédure pénale.

4. En définitive, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté sans autres échanges d'écritures (art. 390 al. 2 CPP).

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 1'210 fr. (art. 20 al. 1 TFJP [tarif des frais judiciaires pénaux; RSV 312.03.1]), seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale,
statuant à huis clos,
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 25 janvier 2013 est confirmée.
- III.** Les frais d'arrêt, par 1'210 fr. (mille deux cent dix francs), sont mis à la charge du recourant.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- M. Laurent Moreillon, avocat (pour Y. _____),
- M. Alec Reymond, avocat (pour W. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- [...], Regulatory Inquiries & Enforcement, YLSR 2,

- Administration cantonale des impôts, Division de l'inspection fiscale (réf. FGR),
- M. le Procureur du Ministère public central, Division entraide, criminalité économique et informatique,

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), 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 :