

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Séance du 28 août 2013

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

Art. 138 ch. 1, 158 ch. 1 CP; 310 al. 1 let. a CPP

La Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté le 20 juin 2013 par **M._____** contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 4 juin 2013 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE13.003586-JON**.

Elle considère:

E n f a i t :

A. Le 4 février 2013, M._____, à [...], a déposé plainte contre D._____. Elle lui reprochait diverses malversations financières à son

préjudice, constitutives, selon elle, d'abus de confiance et de gestion déloyale (P. 5).

Elle a exposé avoir, au début de 2007, reçu un mandat de vente d'un immeuble sis à la rue [...], à Lausanne ([...]) de la part des propriétaires, [...] et [...]; ce mandat a abouti à un projet de promotion immobilière consistant à vendre l'immeuble avec une plus-value après avoir fait construire des logements sur la parcelle en question. A cette fin, le projet a été présenté à un architecte, D._____. L'immeuble a ainsi été acquis en commun par les intéressés. D._____ a déclaré se porter promettant-acquéreur de l'immeuble en son seul nom, M._____ n'ayant que la qualité de partenaire fiduciaire. L'accord, passé le 19 novembre 2007, réglait en particulier la répartition des pertes et des bénéfices de l'opération projetée par les deux parties (P. 6/1).

Le 7 décembre 2007 a été passée, en la forme authentique, une promesse de vente et d'achat conditionnelle entre les propriétaires [...] et [...], vendeurs, et D._____, acheteur, pour un prix de 5'500'000 francs. Cette promesse était soumise à diverses conditions suspensives, notamment l'obtention d'un permis de démolir et de construire définitif et exécutoire avant le 31 décembre 2008 (P. 6/2). Cette promesse a par la suite été prolongée à plusieurs reprises, jusqu'au 31 octobre 2009 en dernier lieu (cf. les deux pièces classées sous P. 6/4).

Le 21 mars 2008, agissant au titre de la promesse d'achat qu'il avait passée, D._____ a signé avec l'architecte [...] une convention portant sur l'immeuble en question. Les parties se sont engagées à mener ensemble une opération de promotion immobilière, le cabinet exploité par le dernier nommé, [...], se chargeant des prestations d'architecte pour l'obtention d'un permis de construire. Pour sa part, D._____ s'est obligé à prendre à sa charge les autres frais, soit en particulier ceux de géomètre, d'ingénieur CVC, d'étude, de géotechnicien, ainsi que de permis et de taxes. Il était encore stipulé que 25 % du bénéfice de la promotion reviendrait à [...], D._____ supportant seul le risque de perte comme seul responsable économique du projet (P. 6/5). [...] a effectué les démarches

pour l'obtention d'un permis de construire, lequel a été délivré avec effet au 15 septembre 2009 (P. 6/7, 3^e par.).

Le 4 août 2009, M._____ s'est reconnue débitrice de la somme de 250'000 fr. envers un nommé [...], à prélever sur le bénéfice lié à la promotion de l'immeuble de la [...]. La cause de l'obligation résidait «(...) en un remboursement partiel des sommes avancées par Monsieur [...] à Monsieur [...] (père des administrateurs de M._____, *réd.*) pour diverses affaires immobilières» (P. 6/6).

Le 24 août 2009, D._____, M._____ et [...] ont passé une convention aux termes de laquelle [...] s'obligeait à fournir « les prestations d'architecte pour l'obtention d'un permis de construire selon offre du 29 février 2008 »; D._____ s'obligeait à avancer à sa charge tous les autres frais, à l'identique de ce que prévoyait la convention du 27 mars 2008; enfin, il était prévu que M._____ recevrait une commission de 100'000 fr. au titre d'un «apport d'affaire». Quant à la répartition du bénéfice, [...] devait recevoir 25 % du bénéfice de la promotion, étant réitéré que les risques étaient supportés exclusivement par D._____ toujours comme « responsable économique exclusif du projet ». Le bénéfice restant de 75 % devait être partagé à parts égales entre D._____ et M._____. Un décompte provisionnel était annexé à l'accord, aux fins de servir «de base pour la répartition de bénéfice prévue» (P. 6/7).

Le 13 janvier 2010, l'immeuble a été vendu à des tiers, [...] et [...], ce dernier étant le fils de D._____. M._____ soutient avoir été évincée de l'opération de promotion immobilière (P. 6/9). Elle relève avoir, outre les prestations fournies, investi 110'000 fr. dans l'opération, cette somme ayant été payée à D._____ (P. 5, ch. 17). A l'appui de ce moyen, la plaignante a produit un ordre de virement portant sur le montant de 60'000 fr., passé le 17 décembre 2008 en faveur d'une nommée [...], d'une part (P. 8/3/3), et un relevé bancaire attestant du versement, par elle, de 50'000 fr. en faveur de D._____ le 25 septembre 2009, sous le

libellé d'écriture «prolongation de la promesse d'achat» avec référence à l' «Affaire [...]», d'autre part (P. 8/3/4).

B. Par ordonnance du 4 juin 2013, le Ministère public a refusé d'entrer en matière (I) et a laissé les frais à la charge de l'Etat (II). Considérant que les infractions d'abus de confiance et de gestion déloyale présupposaient un préjudice économique, le Procureur a estimé que, dans le cas particulier, aucun dommage pécuniaire sous la forme d'une diminution de son patrimoine n'avait été rendu vraisemblable par la plaignante, de sorte que l'un des éléments constitutifs objectifs de chacune des infractions faisait défaut. En effet, la plaignante n'avait pas établi par pièce le paiement allégué de 110'000 fr. en faveur de D._____, ni même proposé de moyen de preuve à cet égard. Le magistrat a ajouté que le litige présentait un caractère exclusivement civil.

C. Le 20 juin 2013, M._____ a recouru contre l'ordonnance du 4 juin précédent, concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, le dossier de la cause étant renvoyé au Ministère public afin qu'il ouvre une instruction, puis rende de nouvelles décisions dans le sens des considérants.

E n d r o i t :

1. L'ordonnance attaquée a été adressée à la plaignante le 7 juin 2013 (PV des opérations, p. 2) et est réputée avoir été reçue par le conseil de la plaignante le mercredi 12 juin suivant selon l'allégué crédible de la partie. Interjeté le 20 juin 2013, le recours l'a ainsi été dans le délai légal (art. 322 al. 2 CPP et art. 396 al. 1 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0]), contre une décision du Ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP). Interjeté de surcroît dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Aux termes de l'art. 310 al. 1 CPP, une ordonnance de non-entrée en matière est rendue immédiatement - c'est-à-dire sans qu'une instruction soit ouverte (art. 309 al. 1 et 4 CPP; TF 1B_111/2012 du 5 avril 2012 c. 2.1; Cornu, *in* : Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 2 ad art. 310 CPP) - par le ministère public lorsqu'il apparaît, à réception de la dénonciation (cf. art. 301 s. CPP) ou de la plainte (Cornu, *op. cit.*, n. 1 ad art. 310 CPP) ou après une procédure préliminaire limitée aux investigations de la police (art. 300 al. 1 et 306 s. CPP), (a) que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis, (b) qu'il existe des empêchements de procéder ou (c) que les conditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (TF 1B_111/2012 du 5 avril 2012 c. 2.1; TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 c. 2.2).

3. a) Pour commettre un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP (Code pénal; RS 311.0), 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/Geller/ Monnier/Moreillon/Piguet/Bettex/Stoll [éd.], Petit commentaire CP, Bâle 2012, n. 28 ad art. 138 CP, p. 754).

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). La qualité de membre d'une société simple ne confère pas en soi celle de gérant (Dupuis et alii [éd.], op. cit., 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.).

b) En l'espèce, l'ordonnance de non-entrée en matière repose d'abord sur le motif que la plaignante n'avait pas établi par pièce le paiement allégué de 110'000 fr. en faveur de D. _____, ni même proposé de moyen de preuve à cet égard. Conformément à la maxime inquisitoire consacrée par l'art. 6 CPP, il aurait incombé au Procureur de requérir de la plaignante, à titre complémentaire, les pièces que celle-ci n'a produites qu'en annexes à son recours, à savoir l'ordre de paiement et le relevé bancaire déjà mentionnés (P. 8/3/3 et 8/3/4). La jurisprudence fédérale autorise d'ailleurs le procureur à procéder de la sorte sans se priver pour autant de la faculté de rendre ensuite une ordonnance de non-entrée en matière (TF 1B_526/2012 du 24 juin 2013 et les réf. citées). Du reste, le décompte provisionnel joint à la convention du 24 août 2009, signé par toutes les parties à l'opération à l'origine du litige, atteste du versement de 60'000 fr. par la plaignante dans l'opération en question au jour-valeur du 31 décembre 2008, même si le bénéficiaire de ce versement n'est pas désigné (P. 6/7).

Cela étant, pour ce qui est de la vraisemblance du préjudice de 110'000 fr. allégué, les deux pièces produites en annexes au recours portent précisément sur ce montant par la somme des écritures en cause.

L'ordre de virement portant sur le montant de 60'000 fr., passé le 17 décembre 2008 en faveur de la nommée [...] (P. 8/3/3), peut, du moins à ce stade, raisonnablement être mis en relation avec la somme identique précédemment comptabilisée par les parties, même si l'on ignore les rapports de parenté éventuels entre la bénéficiaire et D._____. Quant au versement de 50'000 fr. effectué en faveur de D._____ le 25 septembre 2009 (P. 8/3/4), son libellé («prolongation de la promesse d'achat») peut être tenu pour afférent à la stipulation du 7 décembre 2007, respectivement aux accords ultérieurs portant sur la même opération. Il s'ensuit que le dossier comporte, en l'état, des indices suffisants pour considérer que la recourante a bien versé le montant total de 110'000 fr. dont elle se dit spoliée dans la présente opération de promotion immobilière.

Sous l'angle de la gestion déloyale, le contrat passé entre la recourante et D._____ peut être qualifié de contrat de société simple au sens des art. 530 ss CO (Code des obligations; RS 220). La qualité de membre d'une société simple n'implique pas en elle-même, chez celui qui en dispose, le pouvoir ou devoir légal, contractuel, voire de fait, d'intervenir de façon indépendante dans les affaires d'autrui. Elle ne confère donc pas, en soi, la qualité de gérant (ATF 100 IV 33). En l'espèce, la situation est toutefois particulière, dans la mesure où D._____, d'entente avec la plaignante, a signé seul les différents actes relatifs à la promesse de vente, la plaignante n'ayant que la qualité de partenaire fiduciaire. Il était dès lors en mesure d'intervenir de façon totalement indépendante pour la suite de la réalisation immobilière, soit dans une affaire impliquant les intérêts pécuniaires de son, respectivement de ses autres associés. Compte tenu des accords passés, on peut considérer qu'il avait en outre l'obligation de veiller aux intérêts des autres parties aux contrats. Dans cette configuration particulière, on ne saurait dès lors d'emblée exclure qu'il ait eu une position de garant au sens de l'art. 158 CP. Partant, cet élément constitutif objectif de l'infraction de gestion déloyale pourrait ainsi être réalisé.

Pour le reste, les autres éléments constitutifs objectifs de cette infraction pourraient également être envisagés, s'agissant en particulier de la violation, par D._____, de son devoir de gestion. En effet, l'immeuble a été vendu sans qu'il n'apparaisse, du moins en l'état, que la plaignante ait directement été associée à la décision de vente ni aux bénéfices éventuels de l'opération. Dès lors, il n'est pas à exclure que l'aliénation soit intervenue à l'insu de la plaignante et qu'aucune information ne lui ait même postérieurement été transmise à ce sujet. Quant au préjudice économique de la plaignante, il ne se limiterait pas à la perte de l'investissement de 110'000 fr. (damnum emergens), mais engloberait aussi un éventuel gain manqué du fait de son éviction de l'opération (lucrum cessans). Pour ce qui est des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, il apparaît à ce stade que D._____ n'a pu agir avec qu'avec conscience et volonté.

Il s'ensuit que les éléments constitutifs de la gestion déloyale pourraient être donnés en l'espèce.

Pour ce qui est de l'infraction d'abus de confiance, il peut, en l'état, être retenu que 110'000 fr. ont été versés par la plaignante à D._____, sans que l'on sache de quelle manière s'est finalement déroulée l'opération. Partant, il ne saurait être exclu, à ce stade, que ce dernier ait mésusé de valeurs patrimoniales qui appartenaient économiquement à la plaignante en les utilisant contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée, soit la promotion immobilière commune. Pour ce qui est des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, il apparaît ici encore que D._____ n'a pu agir qu'avec conscience et volonté. Il s'ensuit que cette infraction ne saurait non plus d'emblée être écartée.

4. A ce stade, il existe donc des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction aurait pu être commise (cf. art. 309 al. 1 let. a CPP). Le recours sera donc admis, l'ordonnance de non-entrée en matière du 4 juin 2013 étant annulée et la cause renvoyée au Ministère public de

l'arrondissement de Lausanne pour qu'il ouvre une instruction sur la base des faits dénoncés par la plaignante.

Les frais d'arrêt, par 880 fr. (art. 20 al. 1 TFJP [tarif des frais judiciaires pénaux du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

S'agissant des dépens réclamés par la recourante, il appartiendra à cette dernière d'adresser à la fin de la procédure ses prétentions à l'autorité pénale compétente selon l'art. 433 al. 2 CPP (CREP 16 avril 2013/279 c. 4 et les références citées).

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 4 juin 2013 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de Lausanne pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 880 fr. (huit cent huitante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Le présent 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 :

- Me François Chaudet et Me Peter Schaufelberger, avocats (pour M. _____),
- Ministère public central;

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne,

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 :