

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 8 mai 2018

---

Composition : M. M E Y L A N, président  
MM. Abrecht et Perrot, juges  
Greffier : M. Ritter

\*\*\*\*\*

**Art. 158 CP; 310 CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 26 décembre 2017 par **X.**\_\_\_\_\_ et **T.**\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance de non-entrée en matière partielle rendue le 14 décembre 2017 par le Ministère public central, Division criminalité économique, dans la cause n° **PE13.015697-STL**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A.**           **a)** Ensuite des plaintes pénales déposées les 19 juillet 2013 et 10 décembre 2014 respectivement par X.\_\_\_\_\_, ainsi que par T.\_\_\_\_\_ et [...], mère de ce dernier et décédée dans l'intervalle, le Ministère public central, division criminalité économique, a ouvert une instruction pénale

contre K.\_\_\_\_\_, alors représentant et ayant droit économique de la société H.\_\_\_\_\_, devenue Q.\_\_\_\_\_, pour abus de confiance, escroquerie, gestion déloyale, faux dans les titres et infraction à la LCD (Loi fédérale du 9 décembre 1986 contre la concurrence déloyale; RS 241).

En substance, il est d'abord reproché au prévenu, qui gérait le patrimoine de X.\_\_\_\_\_, de feu [...] et de T.\_\_\_\_\_, de n'avoir pas respecté les mandats de gestion conclus avec ses clients, en investissant des montants très importants dans des produits structurés ne présentant pas une garantie de capital suffisante, ainsi que dans des produits financiers non autorisés par le mandat de gestion. Il est également fait grief au prévenu d'avoir perçu des commissions et des rétro-commissions à l'insu de X.\_\_\_\_\_, de feu [...] et de T.\_\_\_\_\_, ainsi que d'avoir multiplié les transactions, afin d'augmenter ses revenus sous forme de commissions (barattage). K.\_\_\_\_\_ aurait également prélevé, sur les avoirs de ses clients, des frais supérieurs à ceux qui avaient été convenus. Enfin, il n'aurait pas intégré dans la comptabilité de H.\_\_\_\_\_ les comptes [...] n° [...] et [...] n° [...], alors qu'il aurait dû le faire.

**b)** Ensuite de ces plaintes, le Ministère public central, division entraide, criminalité économique et informatique, a ouvert une instruction pénale contre K.\_\_\_\_\_ pour abus de confiance, escroquerie, gestion déloyale, faux dans les titres et infraction à la LCD.

**c)** Le Ministère public a ordonné une expertise, confiée aux spécialistes en finances [...] et [...], de [...], à Genève, portant sur la gestion du portefeuille de X.\_\_\_\_\_ par le prévenu, respectivement par H.\_\_\_\_\_ et par Q.\_\_\_\_\_. Après une séance de mise en œuvre tenue le 6 juillet 2017, la direction de la procédure a adressé un questionnaire aux experts le 10 juillet suivant (P. 260). Quant aux modalités de cette mesure d'instruction, renvoi soit au surplus à l'arrêt rendu par la Cour de céans le 10 octobre 2017 (n° 671), confirmé par arrêt du Tribunal fédéral rendu sur recours des parties plaignantes (TF 1B\_492/2017 du 25 avril 2018).

**d)** Le 10 juillet 2017 également, X.\_\_\_\_\_ a adressé au Ministère public un complément aux propositions destinées aux experts désignés, tendant à l'examen, par ceux-ci, des portefeuilles de T.\_\_\_\_\_ et de feu sa mère en sus de l'analyse des avoirs de la plaignante (P. 262). X.\_\_\_\_\_ a en outre requis que l'enquête pénale soit étendue à un autre grief à l'encontre de K.\_\_\_\_\_, à savoir celui de s'être, du 12 novembre 2004 au 29 juillet 2011, livré à des attributions tardives à son préjudice. La plaignante se prévalait d'une expertise privée, effectuée le 30 juin 2017 par [...], examinant la gestion de ses avoirs (à l'exclusion de ceux de T.\_\_\_\_\_) confiés au gestionnaire de patrimoine et à la société de ce dernier (P. 263/1). L'experte définit les attributions tardives comme consistant « à allouer ou comptabiliser tardivement une transaction dans les comptes de clients » (P. 263/1, p. 2 *in initio*). Le procédé revient ainsi, à l'issue d'une opération portant sur des fongibles, à en répartir le produit (crédeur ou débiteur) en favorisant certains investisseurs sous mandat de gestion au détriment d'autres, plutôt que d'effectuer l'opération au prorata des investissements des clients concernés, donc d'emblée à risques égaux, respectivement séparément pour chaque investisseur.

Le 10 juillet 2017 toujours, T.\_\_\_\_\_, agissant sous sa propre plume, a demandé au Ministère public que la mission des experts soit étendue à la gestion de son propre portefeuille et de celui de feu sa mère, singulièrement au regard des attributions tardives qu'il impute au prévenu (P. 265).

**e)** Par mandat d'expertise du 18 août 2017, le Procureur a confirmé le questionnaire adressé à [...] et [...] et les a formellement commis comme experts.

**f)** [...] a été entendue par le Procureur le 4 octobre 2017. Elle a déclaré avoir analysé en particulier l'activité du gérant de fortune durant les mois de septembre à novembre 2008, considérant qu'il existait des indices d'attributions tardives pour cette période en particulier; elle n'a pas exclu par principe qu'il y ait eu de tels procédés à d'autres moments

également, mais cela lui semblait moins vraisemblable que durant les trois mois en question (PV aud. 12, sous P. 293/1 à l'identique).

**g)** Le 16 octobre 2017, le Procureur a ouvert une instruction complémentaire contre K.\_\_\_\_\_ pour avoir, durant les mois de septembre à novembre 2008, procédé à des attributions tardives au détriment de la plaignante X.\_\_\_\_\_ (PV des opérations, p. 41 *in initio*).

**B. a)** Le 24 novembre 2017, le Procureur a fait part aux parties de son intention de rendre une ordonnance de non-entrée en matière partielle relative aux reproches d'attributions tardives pour le reste de la période visée par la plainte complémentaire du 10 juillet 2017, limitant ainsi à cet égard l'instruction aux seules opérations des mois de septembre à novembre 2008.

**b)** Les parties se sont déterminées. En particulier, la plaignante a confirmé sa réquisition tendant à l'extension de l'instruction pour l'entier de la période (du 12 novembre 2004 au 29 juillet 2011) quant aux attributions tardives alléguées.

**c)** Par ordonnance du 14 décembre 2017, le Ministère public central, Division criminalité économique, a prononcé la non-entrée en matière partielle sur la plainte du 10 juillet 2017, hormis en tant qu'elle portait sur la période qui avait d'ores et déjà fait l'objet d'une ouverture d'instruction (I), et a dit que les frais suivaient le sort de la cause (II).

**C. a)** Par acte du 26 décembre 2017, X.\_\_\_\_\_ et T.\_\_\_\_\_, ce dernier agissant personnellement et en sa qualité d'héritier unique de feu [...], ont conjointement recouru auprès de la Chambre des recours pénale contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, la cause étant renvoyée au Ministère public central afin que l'instruction se poursuive sur l'ensemble des attributions tardives.

**b)** Dans ses déterminations du 4 mai 2018, K.\_\_\_\_\_, agissant par son défenseur de choix, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

Dans ses déterminations du 4 mai 2018 également, le Ministère public a conclu à l'irrecevabilité du recours de T.\_\_\_\_\_ et au rejet du recours de X.\_\_\_\_\_ dans la mesure où il était recevable, ainsi qu'à la confirmation de l'ordonnance du 14 décembre 2017, les frais étant mis à la charge des recourants.

### **En droit :**

**1.** Les parties peuvent attaquer une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public (art. 310 CPP) 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 LVCP [Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009; RSV 312.01]; art. 80 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

En l'espèce, quant à la qualité pour agir de T.\_\_\_\_\_, il doit, avant toute autre considération, être relevé qu'aucun élément au dossier ne permet de retenir que le prévenu aurait, à quelque moment que ce soit, procédé à des attributions tardives dans la gestion des avoirs de X.\_\_\_\_\_ à l'exclusion de ceux du plaignant, respectivement de feu sa mère. En effet, les mandats de gestion conférés au prévenu étaient analogues. C'est donc à tort, s'agissant de consorts, que l'ordonnance attaquée a été notifiée à l'adresse de Me Reymond uniquement en sa qualité de conseil de X.\_\_\_\_\_ en dépit de la demande expresse de T.\_\_\_\_\_ (P. 265, déjà mentionnée). Le plaignant a donc la qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) à l'instar de la plaignante.

Interjeté dans le délai légal et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP) auprès de l'autorité compétente, le recours est ainsi

recevable. Les pièces nouvelles produites à l'appui du recours sont recevables (CREP 27 juin 2017/408 consid. 1, et les références citées).

## **2.**

**2.1** 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. 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 consid. 2.3 et les références citées, JdT 2012 IV 160). 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).

**2.2** L'art. 158 CP (Code pénal; RS 311.0) 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,

l'infraction suppose la réalisation de trois conditions : il faut que l'auteur ait eu un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation lui revenant en cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut que l'auteur ait agi intentionnellement (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n. 13 ad art. 158 CP). Le comportement délictueux consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant (ATF 129 IV 124 consid. 3.1).

Le gérant de fortune constitue un exemple type de gérant au sens de l'art. 158 CP. 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 pas 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 (cf. ci-dessus, let. A.a). Un tel procédé, qui porte gravement atteinte aux intérêts du client, a été considéré comme tombant sous le coup de l'art. 158 CP (ATF 142 IV 346 consid. 3.3, JdT 2017 IV 224).

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 (ATF 142 IV 346 déjà cité, consid. 4.2, JdT 2017 IV 224).

**2.3** Il est incontesté que les attributions tardives constituent une violation du principe de meilleure exécution possible des ordres consacré à l'art. 11 al. 1 let. b LBVM (Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; RS 954.1). Le gérant de fortune qui se livre à une telle opération agit donc en violation de ses devoirs au sens de l'art. 158

CP. Encore faut-il, pour que l'acte tombe sous le coup de cette disposition, que les autres éléments constitutifs de la gestion déloyale soient réalisés, s'agissant en particulier de l'atteinte portée aux intérêts pécuniaires de l'investisseur (gestion déloyale simple), respectivement du dessein cumulatif de l'auteur de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (gestion déloyale aggravée ou qualifiée). On parle alors également d'attributions « orientées » ou « dirigées » (cf. TF 6B\_67/2011 du 20 septembre 2011).

### **3.**

**3.1** En l'espèce, le Ministère public considère, en se fondant sur le rapport d'expertise privée déposé par la plaignante, qu'il n'y a pas de soupçons suffisants d'attributions tardives contre le prévenu en dehors de la période de septembre à novembre 2008, ce qui serait un motif de non-entrée en matière sur les autres périodes visées par la plainte complémentaire du 10 juillet 2017. En outre, dans la mesure où de telles opérations seraient susceptibles de relever exclusivement de la gestion déloyale, il ne serait pas possible de distinguer un acte intentionnel d'une simple négligence, ce qui justifierait également la non-entrée en matière partielle. Il n'y aurait enfin, toujours selon le Procureur, pas de dessein d'enrichissement illégitime du prévenu, de sorte que l'infraction de gestion déloyale ne pourrait en aucun cas être retenue en sa forme qualifiée. Il en découlerait que le délai de prescription de l'action pénale serait alors de sept ans en appliquant la *lex mitior* et que les actes commis avant le 15 décembre 2010 seraient d'ores et déjà prescrits sous l'angle de la gestion déloyale simple. Quant aux actes remontant à la période du 16 décembre 2010 au 29 juillet 2011, ils seraient intégralement prescrits le 29 juillet 2018. Or, comme il serait impossible d'instruire des faits d'une telle complexité et de juger le prévenu avant cette date, les chances d'obtenir une condamnation seraient quasi-nulles, ce qui constituerait un autre motif encore en faveur de la non-entrée en matière partielle.

Les recourants rappellent que le questionnaire adressé aux experts désignés par le Ministère public porte également sur d'éventuelles attributions tardives non limitées à une période déterminée.

**3.2** L'ordonnance attaquée procède, de fait, d'une appréciation anticipée des preuves. En effet, alors qu'une expertise portant sur des questions complexes est mise en œuvre, le Procureur préjuge du résultat de cette mesure d'instruction en excluant par avance toutes attributions tardives en dehors de la période restreinte à trois mois faisant l'objet de l'extension de l'instruction. Dès lors que les experts commis par la direction de la procédure ont été invités à examiner la question des éventuelles attributions tardives pour toute la période litigieuse, soit du 12 novembre 2004 au 29 juillet 2011, le Procureur ne saurait affirmer péremptoirement que ces agissements imputés au prévenu par la plaignante ne peuvent qu'être limités aux mois de septembre à novembre 2008, motif pris que l'experte privée a constaté que ceux-ci apparaissaient surtout durant cette période.

S'agissant de la prescription, les motifs de l'ordonnance n'emportent pas davantage la conviction. En effet, il paraît difficile, sinon prématuré, d'exclure tout dessein d'enrichissement illégitime du prévenu en relation avec d'éventuelles attributions tardives également en dehors de la période visée par l'extension de l'enquête, dès lors qu'à partir du moment où il serait établi que le gestionnaire de fortune aurait favorisé d'autres clients au détriment de la recourante, il ne pourrait guère avoir agi pour un autre motif. A tout le moins incombe-t-il aux experts de se prononcer sur les faits déterminants à cet égard avant toute autre appréciation. On ne peut dès lors pas, à ce stade de la procédure, exclure la gestion déloyale aggravée ou qualifiée. Or le délai de prescription applicable à ce crime, passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus, est de quinze ans et non de sept (art. 97 al. 1 let. b CP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014). Sous l'angle de la *lex mitior*, la Cour rappellera que la modification de l'art. 97 al. 1 let. b CP par la nouvelle du 21 juin 2013 (Prorogation des délais de prescription; RO 2013 p. 4417; FF 2012 p. 8533) est d'ordre purement rédactionnel.

Il n'y a donc pas, en l'état, de motif de limiter les investigations à la période du 1<sup>er</sup> septembre au 30 novembre 2008 pour ce

qui est des attributions tardives dont les recourants font grief au prévenu. Les conditions d'une non-entrée en matière partielle ne sont ainsi pas réalisées. Bien plutôt, il appartient au Ministère public d'étendre l'instruction à toute la période litigieuse, soit du 12 novembre 2004 au 29 juillet 2011.

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

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 1'100 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 mis à la charge de K.\_\_\_\_\_, qui succombe dès lors qu'il a conclu au rejet du recours (art. 428 al. 1 CPP).

Les recourants, qui ont procédé avec l'assistance d'avocats de choix et qui ont obtenu gain de cause, ont droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours, solidairement entre eux, à la charge de l'intimé (art. 433 al. 1 CPP). Cette indemnité sera fixée à 1'200 fr., pour quatre heures d'activité au tarif horaire d'avocat de 300 fr. (art. 26a al. 3 TFIP), plus un montant correspondant à la TVA - étant rappelé que si les indemnités au sens des art. 429 ss CPP ne sont pas soumises à la TVA (art. 18 al. 2 let. i LTVA [Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009; RS 641.20]), il convient de tenir compte du fait que les honoraires payés par la partie à son avocat sont quant à eux soumis à la TVA (CREP 1<sup>er</sup> mars 2017/904) -, par 96 fr., soit à 1'296 fr. au total.

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 14 décembre 2017 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique, pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont mis à la charge de K.\_\_\_\_\_.
- V.** Une indemnité de 1'296 fr. (mille deux cent nonante-six francs) est allouée à X.\_\_\_\_\_ et T.\_\_\_\_\_, créanciers solidaires, pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours, à la charge de K.\_\_\_\_\_.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Mes Philippe Reymond et Laurent Pfeiffer, avocats (pour X.\_\_\_\_\_ et T.\_\_\_\_\_),
- Me Robert Fox, avocat (pour K.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central;

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public central, division criminalité économique,

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).

Le greffier :