

BGer 6B_596/2013 vom 10. Oktober 2013

Bundesgericht, 2013-10-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_596_2013

FR: TF 6B_596/2013 du 10 octobre 2013

IT: TF 6B_596/2013 del 10 ottobre 2013

Erwägungen

E. 1

Le recourant, plaignant, a pris part à la procédure devant l'autorité cantonale. Alléguant avoir subi un dommage, qu'il chiffre et qui aurait résulté d'un abus de confiance ou d'actes de gestion déloyale, il a qualité pour recourir contre le classement de la procédure ouverte à la suite de sa plainte (art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 LTF).

E. 2

En résumé, la cour cantonale a confirmé le classement au motif que le recourant, en persistant à opposer, de manière générale, sa propre version des faits n'avait pas démontré en quoi le refus de certaines mesures d'instruction aurait violé son droit d'être entendu. Sur le fond, il ressortait des pièces du dossier qu'il avait été dûment informé lorsque son collatéral ne couvrait plus sa position « FOREX » et qu'il avait été averti des conséquences d'un tel dépassement. Le recourant, qui ne contestait pas être soumis à un taux de marge de 4 à 5%, ne démontrait pas que les actions dont il disposait par ailleurs - émises par une société dont le frère du recourant était l'ayant droit économique - offraient une garantie permettant de couvrir les marges manquantes. Ses accusations portant sur une activité « dealing desk » de la banque, formulées de manière toute générale, ne reposaient que sur de simples suppositions et ne trouvaient pas appui dans le dossier de la cause. Enfin, les actes d'enquête sollicités n'étaient pas de nature à modifier ce qui précède ou à établir la moindre prévention pénale. Aucun élément ne permettait de penser que l'intimée aurait utilisé les valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées contrairement aux instructions reçues ou qu'elle aurait porté atteinte aux intérêts pécuniaires du recourant en violation d'un quelconque devoir de gestion.

E. 3

Le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) en relation avec le refus des autorités cantonales de procéder à diverses mesures d'instruction. Il invoque également l'arbitraire dans l'établissement des faits et la violation de la maxime *in dubio pro duriore*.

E. 4

Dans le recours en matière pénale, les constatations de fait de la décision entreprise lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de l'arbitraire (art. 9 Cst. ; v. sur cette notion: ATF 138 III 378 consid. 6.1 p. 379) dans la constatation des faits. La recevabilité de tels griefs, ainsi que de ceux déduits du droit constitutionnel et conventionnel, suppose l'articulation de critiques circonstanciées (ATF 136 II 101 consid. 3, p. 105), claires et précises, répondant aux exigences de motivation accrues déduites de l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Les critiques appellatoires sont, en particulier, irrecevables (cf. ATF 137 II 353

consid. 5.1 p. 356).

Le droit d'être entendu n'empêche pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de se forger une conviction et que, procédant sans arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 136 I 229 consid. 5.3 p. 236). Le Tribunal fédéral ne revoit cette appréciation que sous l'angle restreint de l'arbitraire (voir ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157).

E. 4.1

Selon le recourant, la cour cantonale aurait retenu arbitrairement qu'il donnait les ordres à son trader qui les exécutait sur le marché. Selon lui, cette constatation reposerait sur les seules affirmations non prouvées et contradictoires du témoin A._____, qui ne gérait pas lui-même son compte. Le recourant souligne, dans ce contexte, avoir requis l'audition de différentes personnes (notamment B._____ et C._____) pour établir qu'il donnait toujours ses ordres par écrit s'agissant des opérations de virement, d'achat et de vente de titres.

En opposant sa propre appréciation des déclarations de A._____ à celle de la cour cantonale, les développements du recourant s'épuisent en une argumentation appellatoire, partant, irrecevable. Au demeurant, il ressort du dossier cantonal, soit de la documentation interne de la banque relative à l'identification du titulaire et de l'ayant droit économique du compte et à son environnement économique, l'indication suivante: « Client adore spéculer, traite directement avec le trading room / Conditions spéciales bourse / Client compétent ». Les formulaires portant ces indications ont été établis en décembre 2003 et juin 2006 et ont, notamment, été validés par C._____ (dossier cantonal, pièces Nos 210'042 et 210'046). Ces éléments confirment non seulement les déclarations de A._____. Ils permettaient également, sans arbitraire, de renoncer à de plus amples mesures d'instruction sur ce point, les auditions requises de C._____ et B._____, en particulier.

E. 4.2

Le recourant soutient ensuite qu'il disposait, au moment des faits, d'actions Z._____ inc. qui représentaient, en décembre 2008, une valeur de 9'922'200 USD. Dans ce contexte, il soutient que A._____ aurait émis des déclarations contradictoires en faisant état d'une marge de 4% à diverses reprises puis en déclarant à la police un taux de marge de 5%. Le recourant souligne que le taux de 4% lui avait été accordé par le Conseil d'administration de la Banque et lui aurait ensuite été confirmé par écrit. Quant aux titres, le recourant conteste que Z._____ inc. fût une start-up et l'avoir dirigée. Il en conclut que des manquements de la banque seraient établis, celle-ci disposant de gages qui auraient dû lui permettre de couvrir ses prétentions éventuelles et ayant, partant, fait de faux calculs de marge et appelé arbitrairement des marges supplémentaires. La cour cantonale aurait, en conséquence, arbitrairement retenu que le portefeuille du recourant ne permettait pas une reconstitution de la marge.

Il ressort du dossier cantonal qu'aux termes du ch. 7 de l'acte de gage et cession général signé par le recourant le 7 août 2003, « Lorsque la valeur des gages diminue et que la marge de garantie fixée par la banque n'est plus satisfaite ou au cas où la Banque, selon sa libre appréciation, estime que la valeur des avoirs nantis ne couvre plus de manière suffisante sa/ses créance/s, le Constituant et/ou le Débiteur s'engage/nt sur simple demande écrite de la Banque, soit à réduire le montant de la dette par remboursement partiel, soit à fournir des

sûretés complémentaires comme complément de couverture ». Il s'ensuit que la Banque disposait, contractuellement, d'une marge d'appréciation importante s'agissant d'évaluer la couverture offerte par les avoirs nantis du recourant. Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier cantonal que le titre Z. _____ inc. a subi d'importantes variations de cours. Ce titre valait ainsi 22,5 USD au 31 décembre 2005, 44 USD au 31 décembre 2006, 70 USD au 31 décembre 2007, 40 USD au 31 décembre 2008 et 32,81 USD au 31 décembre 2009 (dossier cantonal, pièces Nos 210'386, 210'391, 210'397, 210'405 et 210'410). De mai 2011 à début 2012, sa cotation a également varié de moins de 1 à plus de 10 USD sur cette période (dossier cantonal, pièce No 300'011). Ces éléments permettaient déjà, sans arbitraire, de conclure, comme l'a fait l'autorité de première instance, au caractère volatile de ce titre, sans que le caractère de start-up de cette entreprise et le rôle qu'y jouait le recourant soit déterminant pour l'issue du litige. Il s'ensuit que le recourant ne peut rien déduire en sa faveur, sous l'angle de l'arbitraire, des seules données d'évaluation de son portefeuille au 31 décembre 2008, celles-ci ne restituant pas les éléments d'appréciation dont disposait l'intimée aux moments précis où elle a vainement procédé aux appels de marge puis coupé les positions FOREX du recourant à concurrence des excédents de marge. De surcroît, il ressort des deux conventions portant octroi des lignes de crédit, respectivement des 7 mai et 22 juillet 2004 (dossier cantonal, pièces Nos 100'050 et 100'051), que ces facilités étaient garanties par le nantissement des « avoirs déposés sous dossier N° 10.94419.0 », cependant que les titres auxquels se réfère le recourant étaient comptabilisés sur la relation N° 10.094419.1 (dossier cantonal pièces Nos 21'405 et 2010'386 ss). Or, alléguant un problème de « consolidation de ces deux comptes », le recourant ne démontre pas qu'un accord serait intervenu en ce sens que les avoirs déposés sur le compte N° 10.94419.1 (convention du 22 juillet 2004) devaient être pris en considération pour le calcul de la « limite de crédit pour opérations de change ». Son argumentation ne démontre, partant, pas non plus que la cour cantonale aurait constaté les faits de manière arbitraire en concluant à la validité des appels de marge. L'ensemble des éléments qui précèdent permettait, enfin, sans arbitraire de considérer que l'audition de C. _____ n'était pas nécessaire s'agissant d'établir si le portefeuille du recourant permettait de couvrir les marges manquantes.

Quant au taux de marge, il ressort du Procès-verbal du comité des directeurs de la banque du 15 septembre 2008 que celui imposé au recourant était de 5%. En soulignant qu'il serait profitable que ce client n'investisse pas l'intégralité de sa fortune dans des opérations sur le marché forex et que la banque en ait confirmation dans ses dossiers («

Regarding this last item [...] it would be worth if the Bank has in its files the confirmation that this client does not invest his total fortune in forex trading »), il a été décidé de lui consentir une marge interne (non communiquée au client) - plus favorable à ses affaires mais plus risquée - de 4% pour ses opérations forex, exception devant être réexaminée dans les six mois (dossier cantonal, pièces Nos 210'137 s.). Il n'y avait donc pas de contradiction, de la part du témoin A. _____, à faire état de ces deux taux. Et c'est ce qui, dans la suite, a été pratiqué, en ce sens que lorsque la couverture était inférieure à 5%, le recourant était informé qu'il lui incombait de réduire ses positions, respectivement que la banque procéderait elle-même à cette réduction si la couverture descendait en-deçà de 4% (dossier cantonal, pièces Nos 210'104 et 210'114). Dans ces conditions, l'argumentation du recourant ne démontre pas en quoi il était arbitraire de retenir qu'il n'avait pas rendu vraisemblable l'invalidité des appels de marge.

Cela étant, le recourant ne peut rien déduire en sa faveur de la jurisprudence cantonale et fédérale qu'il cite. En effet, le recourant ne conteste pas avoir reçu valablement les appels de marge (hypothèse visée par l'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 12 novembre 2004 auquel il se réfère) et ne soutient pas non plus que l'intimée serait entrée en matière sur la possibilité de reconstituer la marge manquante par le biais d'autres actifs à remettre en garantie (situation jugée dans l'arrêt 4C.410/2004 du 16 mars 2005).

E. 4.3

En ce qui concerne l'allégation d'une pratique « dealing desk », le recourant expose, en substance, que les autorités cantonales se seraient trompées en confondant « trading desk » et « dealing desk ». Cette question n'aurait pu être examinée faute de requérir de la banque la production des « fiches de position » du recourant. La cour cantonale aurait ainsi arbitrairement conclu à l'absence de cette pratique.

En critiquant l'assimilation des termes « trading desk » et « dealing desk », le recourant s'en prend, en réalité, à la décision de première instance qui n'est pas l'objet de la présente procédure (art. 80 al. 1 LTF). Cette argumentation est, dans cette mesure, irrecevable. Pour le surplus, le recourant n'expose, tout d'abord, pas ce qui, de manière générale, rendrait une pratique « dealing desk » de l'intimée illicite. S'agissant d'une activité « dealing desk » illicite de la banque, la cour cantonale a considéré que le recourant se limitait à formuler des accusations toutes générales, en ne faisant que de simples suppositions qui n'étaient pas accréditées par les pièces du dossier (arrêt entrepris, consid. 3.3 p. 9). Il s'ensuit que les développements du recourant, faute de discuter précisément l'appréciation de la cour cantonale, respectivement d'exposer quels éléments précis du dossier cantonal étaieraient ses accusations, ne sont pas topiques et ne démontrent donc pas en quoi la décision entreprise serait arbitraire sur ce point.

E. 4.4

Au vu de ce qui précède, au stade auquel l'enquête est parvenue et compte tenu des éléments fournis par le recourant ainsi que de ceux ressortant des preuves déjà administrées, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir considéré que le recourant ne rendait pas l'existence de faits pénalement répréhensibles au regard des art. 138 et 158 CP plus vraisemblable ou tout au moins aussi vraisemblable qu'un acquittement. Il s'ensuit que la décision querellée, en confirmant le classement de la plainte, ne viole pas non plus la maxime "in dubio pro duriore", corollaire du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et 4.2 p. 91). Il n'était, par ailleurs, pas arbitraire de considérer que l'exécution de mesures d'instruction supplémentaires requises par le recourant, notamment la demande d'entraide à la FINMA et la production de plus amples pièces, ne serait pas de nature à aboutir à un résultat différent.

E. 5

Le recourant succombe. Il supporte les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à procéder (art. 68 al. 1 LTF).