

BGer 6B 845/2014 vom 16. März 2015

Bundesgericht, 2015-03-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_845_2014

FR: TF 6B 845/2014 du 16 mars 2015

IT: TF 6B 845/2014 del 16 marzo 2015

Regeste

Gestion déloyale aggravée | Infractions

Erwägungen

E. 1

Le requérant critique les constatations de fait de la décision querellée et invoque la violation de son droit d'être entendu, respectivement la violation de son droit à un procès équitable (art. 29 al. 1 et 2 Cst. ; art. 6 par. 1 CEDH). 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 dans la constatation des faits (sur la notion d'arbitraire : ATF 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s. et 138 III 378 consid. 6.1 p. 379 s.). Ce grief se confond, par ailleurs, avec celui de violation de la présomption d'innocence en tant que ce dernier porte sur l'appréciation des preuves (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41 ; 120 Ia 31 consid. 2c p. 37). 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). On examinera tout d'abord le grief relatif au caractère équitable du procès. Dans la suite, les moyens touchant plus précisément la constatation ou l'absence de constatation de certains faits seront examinés en relation avec les points de droit pertinents. A cet égard, en tant que le requérant, au motif de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. ; mémoire de recours, p. 18 à 20), se borne à reprocher à la cour cantonale de n'avoir pas retenu certains faits, d'avoir ignoré à tort divers moyens de preuve et d'avoir méconnu l'application du droit de fond, ses développements n'ont pas de portée propre par rapport aux critiques relatives à l'établissement des faits et à l'application du droit elles-mêmes.

E. 2

Le requérant reproche à la cour cantonale d'avoir violé son droit d'être entendu et méconnu la maxime d'instruction (art. 6 al. 2 CPP) ainsi que le principe de l'oralité des débats (art. 405 CPP) en renonçant à toute mesure d'instruction à l'audience " alors qu'elle s'apprêtait à contredire totalement le premier jugement ". Soulignant que l'audience d'appel (quelque 3 heures contre 3 jours en première instance) a, en grande part, été consacrée aux plaidoiries et que l'instruction s'est limitée à lui demander, sans autre précision, s'il confirmait ses précédentes déclarations, le requérant objecte qu'il n'aurait pas été en mesure de faire valoir ses droits faute d'avoir été informé des faits et preuves que la cour cantonale entendait retenir à charge ou à décharge en s'écartant des motifs du premier jugement. Bien qu'interpellé formellement par l'autorité cantonale sur d'éventuelles réquisitions de preuves,

il n'aurait pas été en mesure de formuler celles-ci, faute de savoir précisément sur quoi allaient porter les débats d'appel. Selon le recourant, une telle manière de procéder ne serait pas conforme à un fonctionnement loyal de la justice. Si la cour estimait n'avoir plus à instruire oralement à l'audience, c'est qu'elle aurait formé, avant celle-ci, sa conviction sur le nouvel état de fait qu'elle allait adopter, la délibération ayant suivi immédiatement les débats d'appel. Le recourant relève, dans ce contexte, que la cour cantonale a retenu à sa charge qu'il avait agi par appât du gain, point de fait non constaté en première instance, de sorte qu'il n'aurait jamais été en mesure de s'exprimer sur cette question.

E. 2.1

Conformément à l'al. 1 de l' art. 405 CPP (procédure orale), les dispositions sur les débats de première instance s'appliquent par analogie aux débats d'appel. Cette norme consacre certes le principe de l'oralité de la procédure d'appel (par opposition aux hypothèses limitatives dans lesquelles la procédure d'appel peut être menée de manière écrite ; art. 406 CPP). Elle n'impose cependant pas que cette procédure constitue la répétition devant une autorité supérieure de l'intégralité de la procédure de première instance, aux règles de laquelle il n'est renvoyé que " par analogie ". L'exigence de la forme orale des débats, si elle n'est pas sans rapport avec le contenu de ceux-ci et s'impose notamment lorsque, comme en l'espèce, des questions de fait et d'appréciation des preuves doivent être tranchées (art. 406 al. 1 let. a CPP a contrario), ne détermine pas quelles opérations d'instruction doivent être réalisées dans cette forme par l'autorité d'appel. Ce point relève de l'immédiateté des preuves. Selon la systématique du CPP, c'est en premier lieu au ministère public qu'il incombe d'administrer les preuves nécessaires. En vertu de l' art. 308 al. 3 CPP , il lui appartient en effet, dans le cas d'une mise en accusation, de fournir au tribunal les éléments essentiels lui permettant de juger de la culpabilité du prévenu et de fixer la peine. Le ministère public porte ainsi la responsabilité principale de l'établissement des faits ; le système de l'immédiateté des preuves limitée en première instance donne à l'instruction durant la procédure préliminaire une importance particulière (arrêt 1B_302/2011 du 26 juillet 2011 consid. 2.2.1 et les références citées). Cette conception restreinte de l'immédiateté des preuves influence la procédure jusqu'en appel. Conformément à l' art. 389 CPP , la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (al. 1). L'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (al. 2 let. a) ; l'administration des preuves était incomplète (al. 2 let. b) ; les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (al. 2 let. c). L'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (al. 3). Par ailleurs, selon l' art. 343 al. 3 CPP , applicable aux débats d'appel par le renvoi de l' art. 405 al. 1 CPP , le tribunal réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, ont été administrées en bonne et due forme lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement. Afin de déterminer quel moyen de preuve doit être réadministré en appel, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation (arrêts 6B_200/2013 du 26 septembre 2013 consid. 2.3 ; 6B_484/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.2 et les références citées).

E. 2.2

Le recourant ne précise d'aucune manière de quelles preuves il aurait été privé, soit quelles preuves auraient dû être répétées ou administrées à titre complémentaire par l'autorité

d'appel et pour quel motif. Il n'incombe pas au Tribunal fédéral, juge du droit, de se livrer à des supputations sur ce point. Le recourant ne peut donc rien déduire en sa faveur de la durée des débats d'appel (par opposition à ceux de première instance), étant précisé que rien n'empêche le juge d'appel de prendre connaissance du dossier, soit en particulier des pièces et procès-verbaux, avant l'audience des débats. Seule doit donc être examinée la question de savoir si, comme le soutient le recourant, il a été empêché de requérir l'administration de preuves devant la cour cantonale faute d'avoir été informé de ce sur quoi porteraient précisément les débats.

E. 2.3

Contrairement à ce qu'affirme le recourant, le jugement sur appel ne réforme pas " du tout au tout " en sa défaveur le jugement de première instance mais rejette partiellement l'appel joint de la partie plaignante et confirme, dans cette mesure, l'acquittement des chefs d'accusation de faux dans les titres. Quoi qu'il en soit, il s'agit moins d'examiner a posteriori, soit au vu de l'issue de la procédure cantonale, si le recourant a été privé de moyens de défense que de déterminer ex ante (entre la déclaration d'appel et la clôture des débats d'appel), si le recourant a été empêché de faire valoir efficacement ses moyens. Dans cette perspective, l'argumentation du recourant méconnaît que l'étendue des débats d'appel était, tout d'abord, circonscrite par l'acte d'accusation (art. 325 CP). Elle l'était également par l'art. 404 al. 1 CPP aux points du jugement attaqués. Au plan pénal, compte tenu des conclusions prises par le Ministère public appelant et la partie plaignante, le recourant, une fois écartée sa demande de non-entrée en matière sur les conclusions de la partie plaignante, ne pouvait ignorer que la cour cantonale se prononcerait tant sur les infractions de faux dans les titres que celle de gestion déloyale, telles qu'elles étaient décrites dans l'acte d'accusation. S'agissant de cette infraction, le jugement de première instance constatait déjà que le recourant assumait un devoir de gestion et de sauvegarde des biens de son pupille et, sous l'angle civil, l'existence d'un préjudice (chiffré à 109'268 fr. 62) correspondant aux commissions d'apport et aux rétrocessions sur commissions qui auraient dû être restituées au mandant à défaut d'accord contraire. Le jugement de première instance se prononçait ainsi également en défaveur du recourant, sous l'angle civil, quant à l'existence d'un dommage et la violation d'un devoir de gestion (qui constituent deux autres conditions objectives de l'infraction de gestion déloyale). Le recourant ayant lui-même contesté le point civil en appel, il ne pouvait ignorer que ces deux questions seraient examinées en seconde instance cantonale et rien ne l'empêchait de formuler les réquisitions de preuve nécessaires à ses yeux. La déclaration d'appel du Ministère public était, par ailleurs, restreinte à la question de la gestion déloyale aggravée et au prononcé d'une créance compensatrice du même montant que le préjudice constaté en première instance. Le Ministère public y indiquait sans ambages qu'il entendait faire porter les débats sur la définition du devoir de gestion violé (l'obligation de restituer à B. _____ les commissions et rétrocessions perçues des banques par la société du recourant et non la question du choix de la stratégie de placement dans la perspective d'obtenir lesdites commissions et rétrocessions). Le Ministère public indiquait précisément les éléments qui permettaient, à ses yeux, de démontrer l'existence de ce devoir fondé sur la qualité de gestionnaire de fortune indépendant et de tuteur, sa violation, l'existence du dommage et d'un rapport de causalité ainsi que les circonstances fondant la qualification aggravée (dessein d'enrichissement illégitime ; art. 158 ch. 1 al. 3 CP). Il est vrai que la cour cantonale n'était liée ni par les motifs ni par les conclusions du Ministère public (art. 391 al. 1 let. a et b CPP). Toutefois, le recourant, qui n'en devait pas moins compter avec

l'éventualité que la cour cantonale suive le Ministère public appelant dans ses développements, ne démontre pas non plus que la cour cantonale se serait fondée, de manière totalement inattendue, sur d'autres faits, d'autres preuves ou un raisonnement juridique sans rapport aucun avec les motifs justifiant l'appel du Ministère public. On ne saurait ainsi reprocher à la cour cantonale d'avoir privé le recourant d'un procès équitable, respectivement d'avoir violé son droit d'être entendu, en ne l'informant pas plus précisément, d'une autre manière, avant la clôture des débats, des faits et preuves sur lesquels elle entendait fonder sa décision.

E. 2.4

En tant que le recourant soutient n'avoir jamais été en mesure de s'exprimer sur la question de l'appât du gain, on peut se limiter à souligner, à ce propos également, que la circonstance aggravante du dessein d'enrichissement illégitime ressortait de l'acte d'accusation. Le recourant a été en mesure de s'exprimer en première instance et de requérir, cas échéant, l'administration de preuves. Dans son mémoire d'appel, le Ministère public a, de même, indiqué qu'il demandait l'application de l' art. 158 ch. 1 al. 3 CP et pour quels motifs, tous éléments auxquels la déclaration d'appel joint de la partie plaignante (qui conclut également à la condamnation du recourant pour gestion déloyale aggravée) renvoie. Le grief est infondé sous cet angle également.

E. 3

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 est aggravé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

E. 3.1

Cette infraction 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). La cour cantonale a retenu qu'il ne faisait aucun doute que le recourant devait être considéré comme gérant au sens de l' art. 158 CP , disposant de toute l'indépendance de gestion conférée par son mandat officiel de tuteur provisoire et par son activité de gérant de fortune indépendant, agissant par le truchement de sa société H. _____ SA, membre de l'Association suisse des gérants de fortune. Le recourant ne conteste pas avoir revêtu la qualité de gérant tant comme tuteur que comme gérant de fortune. On peut se limiter à souligner que l'appréciation de la cour cantonale n'apparaît manifestement pas contraire au droit fédéral et renvoyer aux anciens art. 407 et 413 CC , dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012, quant au devoir de gestion du tuteur ainsi qu'aux art. 394 ss CO en ce qui concerne le gérant de fortune (ATF 137 III 393 consid. 2.1 p. 395 ; 132 III 460 consid. 4.1 p. 464 ; 124 III 155

consid. 2b p. 161), qui constitue un exemple type de gérant au sens de l' art. 158 CP (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193).

E. 3.2

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 (arrêt 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2 ; arrêt 6B_446/2010 du 14 janvier 2010 consid. 8.4.1).

E. 3.2.1

La cour cantonale a considéré qu'il n'y avait pas de doute que le recourant avait violé ses devoirs de gestion consacrés par les art. 413 al. 1 aCC et 400 al. 1 CO. En d'autres termes, elle a retenu que le recourant avait violé l'obligation de rendre en tout temps compte de sa gestion et de restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit, en application des règles du mandat, lui incombant en tant que gérant de fortune et en tant que tuteur par le renvoi de l'art. 413 al. 1 aCC. Elle a relevé, dans ce contexte, qu'il résultait clairement des faits retenus que le recourant avait encaissé diverses commissions et rétrocessions à concurrence de 109'268 fr. 62 devant revenir à son pupille, sans en informer ce dernier ni, dans un premier temps, les autorités tutélaires. Il était donc établi que le recourant avait dissimulé l'ampleur de sa rémunération et qu'en aucun cas, sur la base des informations qu'il avait données, il n'était possible de considérer qu'il avait été renoncé, sur la base d'une information complète et exacte, à la restitution des commissions et rétrocessions au mandant. L'encaissement de ces montants était ainsi illicite et il en était résulté un appauvrissement du lésé à concurrence de 109'268 fr. 62.

E. 3.2.2

Selon la jurisprudence, la seule violation du devoir de restituer (par exemple à un employeur) un pot-de-vin ou une commission reçue d'un tiers ne constitue pas encore un acte de gestion déloyale. Encore faut-il que la somme reçue ait déterminé l'auteur à adopter un comportement dommageable aux intérêts patrimoniaux du lésé (ATF 129 IV 124 consid. 4.1 p. 127 s). Aussi la doctrine récente, qui s'est, ensuite de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 III 393 ; 132 III 460), penchée sur les aspects pénaux de la problématique de l'obligation faite aux gestionnaires de fortune indépendants de restituer à leurs mandants les commissions et rétrocessions perçues des banques, considère-t-elle, majoritairement, que, dans ce cas également la non-restitution au mandant ne constitue pas encore, à elle seule, un acte de gestion déloyale. Le comportement punissable réside, en revanche, dans la violation du devoir de rendre compte (SUSAN EMMENEGGER, *Anlagekosten : Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtssprechung*, in : *Anlagerecht*, 2007, p. 59 ss, spéc. p. 99 ; MARTIN SCHUBARTH, *Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung*, in *Anlagerecht*, 2007, p. 169 ss, spéc. p. 170 ; MARC ENGLER, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive, ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, Der Schweizer Treuhänder* 2010 p. 137 ss, spéc. p. 138). Pour les motifs qui seront exposés ci-dessous, il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce si la jurisprudence pénale précitée, développée en relation avec les obligations d'un employé, s'applique telle quelle au gérant de fortune indépendant

en relation avec les devoirs que lui impose désormais la jurisprudence civile.

E. 3.2.3

Le recourant ne peut, en effet, rien déduire en sa faveur, en l'espèce, de la jurisprudence publiée aux ATF 129 IV 124 . En tant que gérant de fortune, agissant sur la base d'un mandat ou d'une gestion d'affaires (v. infra consid. 3.4.3), le recourant, respectivement sa société, était tenu de rendre compte de l'existence des commissions et rétrocessions et de restituer les sommes ainsi perçues à la personne dont il gérait la fortune, sauf renonciation de cette dernière (ATF 137 III 393 ; 132 III 460). Simultanément tuteur de cette personne, le recourant, en raison de cette union personnelle, était au fait du versement de ces sommes. En administrateur diligent (ancien art. 413 al. 1 CC), auquel incombaient non seulement la conservation du patrimoine de son pupille, mais même son accroissement (ATF 136 III 113 consid. 3.2.1 p. 119 s.) et plus généralement les obligations d'un mandataire (v. la formulation de l' art. 413 al. 1 CC dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 ; v. aussi, en relation avec l'ancien art. 413 al. 1 CC : ALBERT GULER, Basler Kommentar, ZGB I, 4^e éd. 2010, art. 413 CC , ch. 4), il assumait aussi la tâche de recouvrer les créances du pupille envers des tiers, y compris celle en restitution des commissions et rétrocessions perçues par la société gérante de fortune. Faute de toute démarche en ce sens (et de surcroît en s'opposant activement à ce recouvrement, comme le montre encore les développements du recourant dans la présente procédure), le recourant a simultanément violé ses obligations d'administrateur diligent, soit de mandataire, au sens du droit de la tutelle. Au reste, se trouvant, sur ce point, dans un conflit d'intérêts manifeste, le recourant, qui ne pouvait plus représenter son pupille (ancien art. 392 ch. 2 CC ; ATF 107 II 105 consid. 4 p. 109 s.), devait tout au moins informer l'autorité tutélaire de cette situation afin que celle-ci désigne un curateur ad hoc (v. infra consid. 3.4.3). Il s'ensuit que la cour cantonale n'a pas méconnu le droit fédéral en jugeant que le recourant avait violé ses obligations de gérant, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus précisément à quelles conditions le comportement d'un gérant de fortune indépendant qui a perçu des commissions remplit (hors de tout contexte de tutelle) les conditions de la gestion déloyale.

E. 3.2.4

Il résulte, par ailleurs, de ce qui précède que le recourant ne peut rien déduire en sa faveur de son argumentation selon laquelle, en raison de l'incapacité de discernement de B._____, la cour cantonale aurait retenu arbitrairement que le recourant avait violé son obligation d'informer son pupille des mouvements de fond ainsi que de l'existence des commissions et rétrocessions. Le recourant reproche également en vain à la cour cantonale de n'avoir pas retenu que l'importance des dépenses du pupille entraînait un besoin de rendement important de la fortune de ce dernier, qui avait poussé le recourant à modifier l'allocation d'actifs d'une partie du portefeuille titres du pupille. Ces deux griefs ne sont, en effet, pas en rapport avec les obligations violées par le recourant telles que décrites ci-dessus.

E. 3.3

La notion de " dommage " au sens de l' art. 158 CP doit être comprise comme pour les autres infractions contre le patrimoine, en particulier l'escroquerie (ATF 122 IV 279 consid. 2a p. 281). 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 p. 125 s. ; 123 IV 17 consid. 3d p. 22). Un dommage temporaire ou provisoire est suffisant (ATF 122 IV 279 consid. 2a p. 281 ; arrêt 6B_1054/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.2.1). Il n'est, par ailleurs, pas nécessaire que le dommage corresponde à l'enrichissement de l'auteur, ni qu'il soit chiffré ; il suffit qu'il soit certain (arrêt 6B_986/2008 du 20 avril 2009, consid. 4.1).

E. 3.3.1

La cour cantonale a jugé que le dommage résultait, en l'espèce, de l'appauvrissement du lésé à concurrence du montant de 109'268 fr. 62. On recherche en vain, dans les écritures du recourant, toute discussion spécifique sur ce point. Il convient toutefois de préciser ce qui suit.

E. 3.3.2

En tant qu'il est aussi reproché au recourant de n'avoir informé que tardivement la justice de paix des commissions et rétrocessions perçues par la société de gestion de fortune, le recourant a, par son comportement, manifestement causé un dommage tout au moins temporaire à concurrence du montant des commissions et rétrocessions, en ce sens que le silence du recourant a empêché, durant un certain temps, quiconque d'obtenir l'exécution de la restitution des commissions et rétrocessions. Cela suffit à fonder la qualification pénale, mais n'épuise pas la question du dommage.

E. 3.4

Le recourant soutient que ces commissions et provisions auraient pu ou dû constituer une rémunération adéquate de son activité de tuteur, respectivement de l'activité de gestion de fortune de sa société, ce qui exclurait un enrichissement illégitime. Il reproche à la cour cantonale de n'avoir pas constaté qu'il n'a facturé ni reçu la moindre somme au titre de ses honoraires de tuteur. La cour cantonale aurait retenu arbitrairement que les commissions et rétrocessions constituaient une " rémunération supplémentaire " de son activité. Le recourant souligne, à ce propos, l'importance de la fortune mobilière à gérer de son pupille et qu'il a été désigné tuteur en raison de ses qualifications professionnelles, soit du fait qu'il exploite une société de gestion de fortune. Selon lui, considérée globalement, sa rémunération (109'268 fr. 62 de commissions et rétrocessions représentant 0,36% de la fortune mobilière sous gestion ; respectivement, quelque 183'000 fr. [commissions et rétrocessions ainsi que 74'454 fr. d'honoraires de gestion facturés à 0,25% de la fortune mobilière sous gestion], représentant 0,6% de la fortune sous gestion) aurait été modeste. La cour cantonale n'aurait, à tort, pas constaté que cette rémunération n'avait rien d'excessif.

E. 3.4.1

Ces développements reposent, implicitement tout au moins, sur la prémisse que le recourant, respectivement sa société, pouvait prétendre au versement d'une rémunération. Contrairement à l'approche " globale " adoptée par le recourant, il convient de distinguer les différents titres auxquels il aurait pu y prétendre.

E. 3.4.2

En ce qui concerne tout d'abord la rémunération du tuteur, il convient de relever qu'au moment où la Justice de paix a été informée de l'existence et de l'importance des commissions et rétrocessions, le recourant prétendait encore au versement d'une rémunération de tuteur dont il entendait laisser à l'autorité de tutelle le soin d'apprécier le

montant (rapport final du tuteur du 8 octobre 2008 ; dossier cantonal, pièce N° 73/8). On ne saurait, dès lors, faire grief à la cour cantonale d'avoir retenu que le recourant entendait bel et bien cumuler diverses rémunérations. Pour le surplus, compte tenu de la manière dont a été établi l'inventaire d'entrée, puis des circonstances dans lesquelles les comptes de fin de tutelle ont dû être établis aux frais du recourant (v. arrêts 5A_596/2011 du 1^{er} décembre 2011 et 5A_665/2013 du 24 juin 2014), on ne perçoit pas concrètement ce que le recourant entend déduire en sa faveur du fait qu'il n'a, en définitive, rien perçu à ce titre.

E. 3.4.3

Quant aux honoraires de gestion (afférents à l'activité de gestion de fortune de H. _____ SA mais perçus par le recourant lui-même en raison d'un accord passé avec sa propre société), il ressort certes du dossier que le recourant a toujours invoqué que par 0,25% de la fortune mobilière sous gestion, ils avaient été facturés à un tarif " préférentiel " se situant en bas de l'échelle des rémunérations autorisées au sein de l'Association suisse des gérants de fortune (plafond de 1,5%). Il reste qu'une telle rémunération aurait supposé l'existence d'un contrat de gestion de fortune en bonne et due forme. Or, le jugement entrepris constate que le recourant a délégué son obligation de gestion de tuteur à sa propre société " malgré le caractère éminemment personnel du mandat de tuteur provisoire [...] sans avoir demandé l'autorisation de la Justice de paix " et qu'il a formalisé les rapports contractuels à l'égard des banques concernées en agissant à la fois comme représentant de son pupille et de sa propre société (jugement entrepris, consid. 2.2 p. 12). On comprend ainsi que la cour cantonale a jugé, implicitement tout au moins, que le contrat de gestion de fortune n'avait pas été valablement conclu. Cette appréciation n'apparaît, en tous les cas, pas critiquable. Tout à la fois représentant légal de son pupille et organe de la société censée percevoir l'honoraire de gestion (ainsi que les commissions et rétrocessions), le recourant se trouvait manifestement en prise à un conflit d'intérêts. Or, une telle situation, même si le risque n'est qu'abstrait, annihile de lege le pouvoir de représentation du tuteur. L'acte effectué, en particulier par un double représentant, ne peut lier le pupille, vice que la ratification de l'autorité de tutelle elle-même ne peut guérir (ATF 118 II 101 consid. 4 p. 103 s. ; 107 II 105 consid. 5 p. 112 ss ; ERNST LANGENEGGER, Basler Kommentar ZGB I, 4 e éd. 2011, art. 392 CC , ch. 26 et 27 ; BERNHARD SCHNYDER/ERWIN MURER, Berner Kommentar, ZGB II.3.1, 3 e éd. 1984, art. 392 CC , ch. 84, 101 et 103). Il s'ensuit que le recourant ne peut rien déduire en sa faveur de ses développements relatifs à la passivité de l'autorité tutélaire, qui n'est, quoi qu'il en soit, pas de nature à guérir le vice affectant le contrat passé au nom du pupille. L'affirmation selon laquelle l'autorité de tutelle aurait implicitement autorisé un mode de rémunération incluant la non-restitution au mandant de commissions et rétrocessions, ne lui est, de même, d'aucun secours. Le recourant ne peut, en effet, invoquer le droit de sa société à une rémunération, mais, tout au plus, en application des règles sur la gestion d'affaires, prétendre au remboursement de la personne morale, en principal et intérêts, de toutes ses dépenses nécessaires, des dépenses utiles justifiées par les circonstances ainsi qu'à l'indemnisation de tout autre dommage (art. 422 al. 1 CO). Or, pour répondre à l'argumentation du recourant selon laquelle l'activité de sa société aurait généré un coût (dépenses de gestion résultant de l'activité d'un comité de gestion et de l'utilisation du système informatique de l'entreprise) allégué de 183'841 fr., la cour cantonale a retenu que ces frais étaient manifestement englobés par les honoraires de gestion (74'454 fr. ; jugement entrepris, consid. 3.2.2 p. 19 s.). Faute pour le recourant de critiquer ce point précis, la décision cantonale constate de manière à lier la cour de céans (art. 105 al. 1 LTF) que la société du recourant a été pleinement désintéressée des

prétentions qu'elle pourrait élever en relation avec son activité de gestion de fortune.

E. 3.4.4

Quant aux rétrocessions et commissions, le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir passé sous silence la présentation complète et objective de la relation triangulaire créée entre le pupille, la banque dépositaire et le gérant de fortune. En substance, il invoque que, dans ce contexte, la rétrocession, respectivement la commission, constitue un partage de la commission perçue par la banque avec le gérant de fortune externe, correspondant à un partage des tâches, ce qui exclurait tout enrichissement illégitime. Le recourant souligne aussi que ces versements ne coûtent rien au client du gérant de fortune. La jurisprudence publiée aux ATF 132 III 460 repose sur l'application des règles du mandat, sur la conception de ce contrat, en particulier, selon laquelle, hors des honoraires convenus, l'exécution du contrat ne doit conduire ni à un enrichissement ni à un appauvrissement du mandataire (*Fremdnützigkeit des Auftrages*) et ce, s'agissant plus précisément des commissions et rétrocessions, indépendamment de la volonté du tiers qui fait l'attribution (consid. 4.1 p. 464). Cette jurisprudence ne méconnaît ainsi d'aucune façon le caractère triangulaire de la relation, ni même les causes fondant le versement des rétrocessions et commissions. L'argumentation du recourant ne contient ainsi aucun motif justifiant de réexaminer cette question. Cela étant, on peut se limiter, en renvoyant pour le surplus à la décision cantonale, à relever que le conflit d'intérêts dans lequel se trouvait le recourant l'empêchait non seulement de conclure, au nom de son pupille, un mandat avec sa propre société de gestion de fortune mais, a fortiori, de renoncer, au nom de son pupille, à l'application de l'art. 400 al. 1 CO en relation avec les commissions et rétrocessions perçues par la société du recourant.

E. 3.4.5

Il résulte de ce qui précède que l'on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir considéré que le montant des commissions et rétrocessions non restituées au pupille du recourant par la société de ce dernier constituait un dommage à concurrence de 109'268 fr. 62, en rapport de causalité avec le comportement du recourant. On peut, tout au plus relever que ce dommage résulte moins d'un " appauvrissement " du pupille que d'une non-augmentation de son patrimoine.

E. 3.5

Au plan subjectif, il faut que l'auteur ait agi intentionnellement. La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober la qualité de gérant, la violation du devoir de gestion et le dommage. Le dol éventuel suffit ; vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, la jurisprudence se montre toutefois restrictive, soulignant que le dol éventuel doit être strictement caractérisé (ATF 123 IV 17 consid. 3e p. 23). La question de savoir ce qu'une personne a su, voulu, envisagé ou accepté, de même que la détermination de ses mobiles et de son but, relèvent de l'établissement des faits (ATF 135 IV 152 consid. 2.3.2 p. 156). Le dessein d'enrichissement illégitime peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34).

E. 3.5.1

La cour cantonale retient que le recourant a agi intentionnellement, pour s'approprier les montants litigieux, dans un dessein manifeste d'enrichissement illégitime.

E. 3.5.2

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir retenu qu'il n'avait pas inventorié la fortune de son pupille au jour de son entrée en fonction et d'en avoir conclu que cela lui aurait permis de cacher à l'autorité tutélaire des transferts de fonds importants de la Banque P. _____ vers M. _____. Il en conclut que la thèse de la " tromperie volontaire " retenue par la cour cantonale serait infirmée par le fait que les pièces justificatives produites à l'appui de l'inventaire d'entrée indiquaient clairement l'existence de ces transferts. Il ne ressort pas du jugement entrepris que la cour cantonale aurait considéré ces faits comme déterminants en relation avec la condamnation du recourant pour gestion déloyale, mais au contraire que l'intention de dissimuler à la Justice de paix le transfert des fonds de la Banque P. _____ à M. _____ avait trait à l'accusation de faux dans les titres (jugement entrepris, consid. 5 p. 22), dont le recourant a été acquitté. Tout au plus, le jugement entrepris indique-t-il au stade de la fixation de la peine " Il n'a pas hésité à profiter de l'indépendance de gestion que lui conférait son mandat de tuteur et de gérant de fortune pour répartir la fortune pupillaire dans des établissements bancaires partenaires et s'assurer, de cette manière, des rétrocessions et des commissions, à l'insu de son pupille et de l'autorité tutélaire " (jugement entrepris, consid. 8.2.1 p. 26). On comprend cependant que, dans ce contexte, l'ignorance du pupille et de la justice de paix portait moins sur les transferts opérés que sur la perception des rétrocessions et commissions. Les développements du recourant ne démontrent pas en quoi la décision querellée serait arbitraire dans son résultat.

E. 3.5.3

Cela étant, le recourant ne conteste pas avoir connu les obligations qui lui incombaient en sa double qualité de gérant de fortune indépendant et de tuteur. Il ne prétend pas expressément non plus avoir ignoré qu'il violait ces obligations. Même s'il objecte n'avoir jamais bénéficié d'une séance de mise en oeuvre de la tutelle par la Justice de paix, on peut se limiter à relever qu'avocat et notaire de formation, exerçant l'activité de gérant de fortune depuis de nombreuses années et disposant, à ce titre, de connaissances pointues de son domaine d'activité (jugement entrepris, consid. C.1 p. 10 et consid. 8.2.1 p. 25 s.), le recourant connaissait manifestement toute l'étendue des obligations incombant au mandataire, respectivement au tuteur et au gérant de fortune. Il ne pouvait pas ignorer non plus les conséquences que la jurisprudence (ATF 137 III 393 ; 132 III 460) en a tirées en matière de gestion de fortune indépendante, cette jurisprudence, qui touche au coeur même des activités du recourant, ayant de surcroît, notoirement, été largement commentée bien au-delà du cercle des gérants de fortune. Il s'ensuit que l'on ne saurait reprocher à l'autorité cantonale, ni sur le plan des faits ni quant à l'application du droit, d'avoir retenu que le recourant remplissait, au plan subjectif, toutes les conditions de la gestion déloyale et que, ayant agi dans l'intention de faire bénéficier sa société de 109'268 fr. 62, il réalisait également le dessein d'enrichissement visé par l' art. 158 ch. 1 al. 3 CP .

E. 4

Sous réserve de ce qui a été exposé en relation avec l'aggravante du dessein d'enrichissement, le recourant ne discute d'aucune manière la quotité de la peine qui lui a été infligée. On peut se limiter à renvoyer (art. 109 al. 3 LTF) aux considérants de la cour cantonale, qui n'apparaissent procéder ni d'un abus ni d'un excès du pouvoir d'appréciation étendu dont dispose le juge en la matière.

E. 5

Le recourant conteste, pour terminer, la levée du séquestre sur le compte xxx au nom de H._____ SA à concurrence de 109'268 fr. 60 et la dévolution de cette somme à la succession de feu B._____. Soulignant n'être pas au bénéfice de la signature individuelle pour cette société, le recourant soutient que cette dernière, qui n'a pas été formellement citée à comparaître en appel, n'y aurait pas été représentée et que son droit d'être entendue aurait, partant, été violé. L'écriture de recours émane, à l'exclusion de la société H._____ SA, du seul recourant, qui précise de surcroît ne pouvoir engager seul cette personne morale. Le recourant n'indique d'aucune manière en quoi il serait touché personnellement dans ses intérêts juridiques protégés (art. 81 al. 1 let. b LTF ; cf. ATF 131 IV 191 consid. 1.2.1 p. 193) par la levée du séquestre et l'allocation de la somme de 109'268 fr. 60 à la partie plaignante. Il ne démontre, partant, pas avoir qualité pour soulever ce moyen, qui est irrecevable. Pour le surplus, il ne fait aucun doute que la société du recourant a été informée de la procédure d'appel et de son issue tout au moins par la notification du jugement sur appel au recourant, administrateur-président de cette entité (art. 85 al. 3 CPP). Or, une partie peut renoncer à invoquer la violation de son droit d'être entendue. Il s'ensuit que, contrairement à l'opinion du recourant, un tel vice ne peut être considéré comme un cas de nullité absolue qui devrait être corrigé d'office par le Tribunal fédéral même en l'absence d'un recours formellement recevable (cf. ATF 136 II 383 consid. 4.1 p. 389 s.). Ce qui précède vaut également pour la créance compensatrice, dont le recourant ne discute, au demeurant, d'aucune manière la mise à la charge de H._____ SA.

E. 6

Le recourant succombe. Il supporte les frais de la procédure (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens aux intimés, qui n'ont pas été invités à formuler des observations (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.