

# **BGer 7B\_24/2023 vom 22. Februar 2024**

Bundesgericht, 2024-02-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_7B\\_24\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_24_2023)

FR: TF 7B\_24/2023 du 22 février 2024

IT: TF 7B\_24/2023 del 22 febbraio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les deux recours formés dans les causes 7B\_24/2023 et 7B\_25/2023 ont pour objet la même décision, ont trait au même complexe de faits et portent sur les mêmes questions de droit. Il y a donc lieu de joindre les causes et de les traiter dans un seul arrêt (cf. art. 71 LTF et 24 al. 2 PCF).

### **E. 2**

Le Tribunal fédéral examine d'office ( art. 29 al. 1 LTF ) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 146 IV 185 consid. 2).

#### **E. 2.1**

Selon l'art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 LTF, la partie plaignante qui a participé à la procédure de dernière instance cantonale est habilitée à recourir au Tribunal fédéral si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles.

Constituent de telles prétentions celles qui sont fondées sur le droit civil et doivent en conséquence être déduites ordinairement devant les tribunaux civils. Il s'agit principalement des prétentions en réparation du dommage et du tort moral au sens des art. 41 ss CO ( ATF 146 IV 76 consid. 3.1; 141 IV 1 consid. 1.1).

En vertu de l' art. 42 al. 1 LTF , il incombe à la partie recourante d'alléguer les faits qu'elle considère comme propres à fonder sa qualité pour recourir. Lorsque le recours est dirigé contre une décision de non-entrée en matière ou de classement de l'action pénale, la partie plaignante n'a pas nécessairement déjà pris des conclusions civiles. Quand bien même la partie plaignante aurait déjà déclaré faire valoir des conclusions civiles (cf. art. 119 al. 2 let. b CPP ), il n'en reste pas moins que le procureur qui refuse d'entrer en matière ou prononce un classement n'a pas à statuer sur l'aspect civil (cf. art. 320 al. 3 CPP ). Dans tous les cas, il incombe par conséquent à la partie plaignante d'expliquer dans son mémoire au Tribunal fédéral quelles prétentions civiles elle entend faire valoir contre l'intimé. Comme il n'appartient pas à la partie plaignante de se substituer au ministère public ou d'assouvir une soif de vengeance, la jurisprudence entend se montrer restrictive et stricte, de sorte que le Tribunal fédéral n'entre en matière que s'il ressort de façon suffisamment précise de la motivation du recours que les conditions précitées sont réalisées, à moins que l'on puisse le déduire directement et sans ambiguïté compte tenu notamment de la nature de l'infraction alléguée ( ATF 141 IV 1 consid. 1.1).

#### **E. 2.2**

En l'espèce, les recourants reprochent à l'intimée de ne pas avoir suivi les instructions de leur tiers gérant, ce qui aurait conduit à la réalisation de leurs portefeuilles le 12 mars 2020 alors que leurs comptes ne se trouvaient pas en situation de couverture insuffisante. Cette

opération leur aurait causé un dommage de plusieurs millions de francs. Par cette argumentation, les 7 recourants n'expliquent pas dans quelle mesure chacun d'entre eux aurait subi quel dommage, ni

a fortiori quelles seraient les répercussions de l'arrêt attaqué sur chacune de leurs prétentions civiles. A défaut d'explications suffisantes à cet égard, la qualité pour recourir des recourants apparaît douteuse (cf. arrêts 7B\_80/2022 du 7 juillet 2023 consid. 3.1; 7B\_89/2022 du 31 juillet 2023 consid. 2.3). Cette question peut néanmoins rester ouverte, vu le sort du recours.

### **E. 3**

Invoquant les art. 9 Cst. , 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, les recourants reprochent à la cour cantonale d'avoir constaté les faits de manière manifestement inexacte et d'avoir apprécié les preuves de façon insoutenable. Ils se plaignent en outre d'une violation de l' art. 310 al. 1 let. a CPP , respectivement du principe

in dubio pro duriore , en lien avec l' art. 158 CP .

#### **E. 3.1**

Le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins que celles-ci aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. L' art. 97 al. 1 LTF trouve également application lorsque le recours porte sur la question du classement de la procédure ou d'une non-entrée en matière. Lorsque les éléments de preuve au dossier sont peu clairs, le ministère public et l'autorité de recours ne sauraient anticiper l'appréciation des preuves qu'en ferait le tribunal du fond. Ainsi, lorsque le recours porte sur le classement de la procédure ou une non-entrée en matière, le Tribunal fédéral, dont la cognition est limitée à l'arbitraire selon l' art. 97 al. 1 LTF , n'examine pas si les constatations de fait de l'autorité précédente sont arbitraires, mais si celle-ci s'est arbitrairement écartée d'un moyen de preuve clair ou, à l'inverse, a tenu arbitrairement un fait comme clairement établi ( ATF 143 IV 241 consid. 2.3.2). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références citées).

#### **E. 3.2**

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. Cette disposition doit être appliquée dans le respect de l'adage

in dubio pro duriore . Celui-ci découle du principe de la légalité ( art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2) et signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions de la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation et le Tribunal fédéral n'intervient qu'avec retenue. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence

d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de trancher ( ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; 138 IV 86 consid. 4.1.2 et les références citées; arrêt 6B\_77/2021 du 6 mai 2021 consid. 2.2).

### **E. 3.3.1**

L'art. 158 CP vise 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). La peine est aggravée si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer à lui-même ou à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3). Cette infraction suppose la réalisation de quatre éléments constitutifs : il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un dommage et qu'il ait agi intentionnellement (cf. ATF 120 IV 190 consid. 2b; arrêt 6B\_608/2020 du 4 décembre 2020 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, revêt la qualité de gérant celui à qui il incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui ( ATF 142 IV 346 consid. 3.2; 129 IV 124 consid. 3.1). 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 142 IV 346 consid. 3.2; 123 IV 17 consid. 3b; arrêt 6B\_815/2020 du 22 décembre 2020 consid. 4.1).

### **E. 3.3.2**

En matière d'opérations boursières, s'agissant des devoirs contractuels de diligence et de fidélité de la banque envers son client, la jurisprudence distingue trois types de relations contractuelles: (1) le contrat de gestion de fortune (

Vermögensverwaltungsvertrag ), (2) le contrat de conseil en placements (

Anlageberatungsvertrag ) et (3) la relation de simple compte/dépôt bancaire (

blosse Konto-/Depot-Beziehung; execution only) ( ATF 133 III 97 consid. 7.1; arrêts 4A\_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.1; 4A\_593/2015 du

13 décembre 2016 consid. 7).

De la qualification du contrat passé entre la banque et le client dépendent l'objet exact et l'étendue des devoirs contractuels d'information, de conseil et d'avertissement de la banque (

Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten ) (arrêts 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.1;

4A\_593/2015 précité consid. 7; 4A\_336/2014 du 18 décembre 2014 consid. 4.2;

4A\_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 6.2; 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.1-3.2,

in AJP 2012 p. 1317 ss). Ces devoirs contractuels découlent des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat ( art. 398 al. 2 CO ), dans le principe de la confiance ( art. 2 CC ) ou encore dans l'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM; RS 954.1).

Dans le contrat de simple compte/dépôt bancaire (e

execution only ), la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci (arrêts 4A\_54/2017 précité consid. 5.1.4; 4A\_369/2015 du 25 avril 2016 consid. 2).

### **E. 3.4**

La cour cantonale a constaté qu'à teneur de la demande d'ouverture de compte et dépôt signée par les recourants à l'ouverture de leur relation bancaire et compte tenu de la Convention de gérant indépendant conclue entre I. \_\_\_\_\_ SA et l'intimée, la première occupait la fonction de gérant du patrimoine des recourants, tandis que la seconde n'était que dépositaire de celui-ci. Les recourants avaient d'ailleurs admis la nature

"execution only" de leur relation bancaire et concédaient qu'initialement, l'intimée n'avait aucun pouvoir de gestion sur leurs comptes. Dans ces conditions, la juridiction cantonale a retenu que l'intimée n'avait pas la qualité de gérant au sens de l' art. 158 CP . Les décisions prises par la banque entre le 9 et le 12 mars 2020 ne permettaient pas de retenir le contraire. Si, durant cette période, la communication entre la banque et I. \_\_\_\_\_ SA en lien avec les portefeuilles des recourants avait certes été défaillante voire conflictuelle, les démarches entreprises alors par l'intimée étaient restées circonscrites au champ des possibilités prévues et stipulées dans les différents documents contractuels applicables à la relation bancaire de type "

execution only ". En faisant usage des clauses prévues par ces documents, l'intimée ne s'était pas subrogée au gérant externe en endossant la responsabilité de l'administration et de la gestion des avoirs des recourants, mais avait protégé ses intérêts comme les contrats le lui permettaient. Partant, dans la mesure où l'intimée n'avait pas la qualité de gérant, une condition de l'infraction de gestion déloyale ( art. 158 CP ) faisait défaut. Les reproches formulés par les recourants devaient en réalité être examinés à la lumière des clauses applicables à la relation bancaire selon la situation concrète des comptes jusqu'à la liquidation des positions, examen qui portait sur la bonne ou la mauvaise exécution contractuelle par la banque, au sens du code des obligations. Le Ministère public avait donc, à bon droit, refusé d'entrer en matière sur les plaintes.

### **E. 3.5**

Les recourants reprochent à la cour cantonale d'avoir considéré que la banque pouvait liquider leurs positions en analysant uniquement les échanges intervenus depuis le 12 mars 2020 entre l'intimée et I. \_\_\_\_\_ SA.

Leur grief tombe à faux. La juridiction cantonale a bel et bien tenu compte des échanges intervenus entre les parties dès le 9 mars 2020 (cf. arrêt attaqué let. d p. 5). Elle a d'ailleurs considéré qu'ils laissaient apparaître une communication défaillante. Par contre, elle a constaté que les reproches formulés à cet égard par les recourants contre la banque relevaient tout au plus du droit civil, faute de qualité de gérant de cette dernière. Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique et les recourants ne développent aucune argumentation propre à le remettre en question. En effet, il est établi et incontesté que durant la période litigieuse, l'intimée était liée à I. \_\_\_\_\_ SA par un mandat

execution only et que la responsabilité d'administrer le complexe patrimonial des recourants revenait donc à la seconde. Contrairement à ce que prétendent les recourants, le droit que s'était octroyé la banque, par les différents documents contractuels, de liquider de manière autonome les positions des clients, ne lui conférait pas

de facto la qualité de gérant. En effet, ces clauses étaient prévues dans l'unique but de protéger les intérêts de la banque et ne lui permettaient en rien de prendre des décisions liées aux investissements des recourants ou à toute autre question relative à la gestion de leurs biens, dans l'intérêt de ceux-là.

Il ne découle pas davantage de l'autonomie et de l'indépendance dont a fait preuve l'intimée dans ses prises de décisions qu'elle occupait une fonction de gérant. En effet, les décisions que la banque a prises - certes de manière autonome - en lien avec les biens des recourants ne l'ont pas été dans la gestion des intérêts pécuniaires de ceux-ci, comme le veut la qualité de gérant au sens de l' art. 158 CP

(cf. consid. 3.3.1

supra ), mais dans son propre intérêt, comme le lui permettait sa qualité de dépositaire des avoirs selon les contrats signés. Il s'ensuit que la cour cantonale était fondée à considérer que la banque ne revêtait pas la qualité de gérant dans le sens prévu par l'infraction de gestion déloyale.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant le grief des recourants relatif aux manquements organisationnels de la banque, lesquels relèvent tout au plus du droit civil.

### **E. 3.6**

Compte tenu de ce qui précède, la cour cantonale n'a pas violé le principe

in dubio pro duriore ou d'une autre manière le droit fédéral en confirmant la décision du Ministère public de ne pas entrer en matière sur les plaintes déposées par les recourants.

### **E. 4**

Partant, les recours formés dans les causes 7B\_24/2023 et 7B\_25/2023 doivent être rejetés. Les recourants, qui succombent, supporteront solidairement entre eux les frais judiciaires liés à leurs recours respectifs (art. 65 al. 1 et 66 al. 1 LTF).

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