

VD_FINDINFO Décision / 2019 / 62 vom 18. Dezember 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-12-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_D_cision___2019___62

FR: VD_FINDINFO Décision / 2019 / 62 du 18 décembre 2018

IT: VD_FINDINFO Décision / 2019 / 62 del 18 dicembre 2018

Regeste

NON-LIEU, RÉTROCESSION{PRODUITS FINANCIERS}, COMMISSION DE GESTION | 310 CPP (CH)

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile (art. 310 et 322 al. 2 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), auprès de l'autorité compétente (art. 13 LVCPP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 septembre 1979 ; BLV 173.01]), par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

E. 2

Selon l'art. 309 CPP, le ministère public ouvre une instruction lorsqu'il ressort du rapport de police, des dénonciations ou de ses propres constatations des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction a été commise (al. 1 let. a). Il peut renvoyer à la police, pour complément d'enquête, les rapports et les dénonciations qui n'établissent pas clairement les soupçons retenus (al. 2). Il renonce à ouvrir une instruction lorsqu'il rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière ou une ordonnance pénale (al. 4). Une ordonnance de non-entrée en matière, au sens de l'art. 310 al. 1 CPP, est rendue immédiatement par le ministère public lorsqu'il apparaît, à réception de la dénonciation (cf. art. 301 et 302 CPP) ou de la plainte (Cornu, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, 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), que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a), qu'il existe des empêchements de procéder (let. b) ou qu'il y a lieu de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale pour des motifs d'opportunité (let. c). Le ministère public ne peut donc pas rendre une telle ordonnance après avoir ouvert une instruction au sens de l'art. 309 CPP (TF 1B_368/2012 du 13 mai 2013 consid. 3.1). Cela signifie aussi que, lorsque la police rend un rapport au ministère public sur la base d'un mandat donné en vertu de l'art. 312 CPP, seule la voie du classement est ouverte (Cornu, op. cit., n. 2 ad art. 310 CPP). Par ailleurs, le ministère public ne peut pas effectuer des recherches, sous réserve de quelques opérations simples telles que des demandes de précisions à la partie plaignante, et rendre ensuite une ordonnance de non-entrée en matière puisqu'il ne peut pas procéder lui-même à des investigations sans qu'une instruction soit ouverte (Cornu, op. cit., n. 2 ad art. 310 CPP). 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 (ATF 137 IV 285 consid.

E. 2.3

et 2.4b de l'ordonnance.

E. 3.1

En l'espèce, le recourant fait valoir que l'instruction pénale aurait été ouverte pour des faits commis au préjudice des trois plaignants L._____, X._____ et feu S._____ que le Procureur aurait procédé à des actes d'instruction des faits commis au détriment des trois plaignants, que sa qualité de partie plaignante lui aurait été reconnue depuis 2014 déjà, que le Procureur aurait requis de nombreuses précisions chicanières, qu'il a dû recourir deux fois, avec succès, auprès de la Chambre des recours pénale pour contester l'ordonnance de levée de séquestre du 23 décembre 2014, ainsi qu'une première ordonnance de non-entrée matière partielle, et que la Chambre des recours pénale a souligné, dans son arrêt du 8 mai 2018/333 concernant l'ordonnance de non-entrée en matière partielle, que les mandats de gestion confiés au prévenu par les trois plaignants étaient analogues. Le recourant allègue aussi que le rapport d'expertise privée qu'il a produit le 16 mai 2018 (P. 449) confirmerait que le prévenu gérait les avoirs des trois plaignants de manière similaire et aurait opéré une gestion prédatrice, malhonnête et débridée de ses avoirs et de ceux de feu sa mère depuis 2004. Ainsi, dans la mesure où l'enquête aurait été menée jusqu'à présent par la direction de la procédure afin d'élucider indistinctement des faits commis au préjudice des trois plaignants, ce que de nombreuses pièces au dossier attesteraient, le recourant considère qu'une ordonnance de non-entrée ne pouvait pas être rendue.

E. 3.2

Comme exposé dans l'ordonnance attaquée, L._____ a déposé plainte pénale le 19 juillet 2013. Après avoir confié divers mandats d'investigation à la police, le Procureur a constaté, le 29 avril 2014, qu'il avait omis de mentionner l'ouverture de l'instruction au procès-verbal des opérations, ce qu'il a donc fait formellement au sens de l'art. 309 CPP. Ensuite, par acte du 10 décembre 2014 de l'avocat Philippe Reymond, déjà conseil de L._____, X._____ et feu S._____ ont déclaré qu'ils se constituaient parties plaignantes au pénal et demandeurs au civil aux côtés de L._____, se disant victimes d'« actes similaires » à ceux commis au détriment de L._____. Aucune ouverture d'instruction n'a été notée au procès-verbal des opérations ensuite de cette plainte. En revanche, l'instruction dirigée contre P._____ pour les faits dénoncés par L._____ a été étendue plusieurs fois (PV des opérations des 22 mai 2015, 16 octobre 2017 et 31 mai 2018). De 2014 à 2018, les trois plaignants conjointement ont recouru cinq fois, avec ou sans succès, devant la Cour de céans contre des ordonnances rendues par le Ministère public central. Après le décès de S._____ le 26 janvier 2016, le Procureur a fixé à X._____ un ultime délai non prolongeable au 24 novembre 2017 pour préciser sa position. Ce n'est qu'après que la Chambre des recours pénale lui eut rappelé son obligation de préciser sa position et eut constaté qu'il avait tardé à procéder (CREP 10 octobre 2017/671 consid. 4.2) que X._____, agissant en son nom et en celui d'unique membre de la communauté héréditaire de feu sa mère, a, par acte du 24 novembre 2017 (P. 318), confirmé la plainte pénale déposée. La direction de la procédure a ensuite procédé à la clarification de la plainte en demandant à la partie plaignante diverses précisions (P. 339, 381, 392, 449, 460 et 477), en particulier de décrire précisément les faits pour lesquels l'ouverture d'une instruction

pénale était requise (P. 339, point 12). Les échanges de correspondances ont été émaillés de plusieurs prolongations de délai octroyées à la partie plaignante (P. 345, 348, 354, 356, 415, 416, 421, 423, 465, 467, 471 et 473). Au terme de cet échange de correspondances, le Procureur a décidé, le 14 septembre 2018, d'étendre l'instruction pénale contre P. _____ pour avoir prélevé dans le patrimoine de X. _____, entre fin 2007 et le 31 juillet 2011, des honoraires contractuels excédentaires de 42'035 fr. 63, ainsi que pour avoir, entre le 22 mars 2006 et le 31 juillet 2011, perçu des rétrocessions à l'insu de X. _____ et feu S. _____ (PV des opérations du 14 septembre 2018). Très peu de temps après, soit le 24 septembre 2018, le Procureur a rendu l'ordonnance de non-entrée en matière partielle présentement attaquée.

E. 3.3

Vu les faits ainsi présentés, même si X. _____ et feu S. _____ ont, après l'ouverture d'une instruction pénale contre P. _____ pour les faits décrits dans la plainte de L. _____ du 19 juillet 2013, déclaré, le 10 décembre 2014, sous la plume de l'avocat Philippe Reymond qui représentait déjà L. _____, se constituer parties plaignantes au pénal et demandeurs au civil aux côtés de L. _____, pour des « actes similaires » à ceux commis au détriment de L. _____, et même s'ils ont recouru plusieurs fois auprès de la Chambre des recours pénale aux côtés de L. _____, on ne peut pas considérer que l'instruction aurait été ouverte en ce qui concerne X. _____ et feu S. _____. Au contraire, ce n'est qu'après qu'il eut été constaté que X. _____ avait tardé à donner les précisions qu'il avait initialement annoncées et que X. _____ eut donné encore des précisions après avoir confirmé sa plainte initiale le 24 novembre 2017, que le Procureur s'est enfin vu en mesure, sans avoir procédé à des mesures d'instruction autres que les clarifications précitées, de décider de l'ouverture ou non d'une instruction pénale contre P. _____ pour les faits qui auraient été commis au détriment de X. _____ et feu S. _____. C'est ce qu'il a fait en décidant, d'une part, le 14 septembre 2018, d'étendre l'instruction pénale contre P. _____ à certains des faits qui auraient été commis au détriment de X. _____ et de feu S. _____ et, d'autre part, le 24 septembre 2018, de ne pas entrer en matière sur les autres faits qui auraient été commis au détriment de X. _____ et feu S. _____. Le fait que le Ministère public central ait délivré, le 26 mai 2015, un mandat de perquisition visant « tous documents utiles en lien avec la gestion des avoir de L. _____ et de S. _____ et X. _____ » ne signifie pas qu'une instruction aurait été ouverte à partir de cette date comme le recourant l'allègue dans ses déterminations du 14 décembre 2018, puisque, dans son arrêt du 10 octobre 2017/671 (consid. 4.2), la Cour de céans lui a rappelé son obligation de préciser sa position en tant que partie plaignante et a constaté qu'il avait tardé à le faire. La manière de procéder du Ministère public central échappe par conséquent à la critique.

E. 4

Il convient donc d'examiner si la non-entrée en matière se justifie pour les différents faits litigieux.

E. 4.1

Le recourant conteste d'abord l'ordonnance attaquée par une critique globale de la motivation des points 2.1, 2.2 et 2.3. Le Procureur a retenu principalement la prescription de l'action pénale pour l'infraction de gestion déloyale simple (art. 158 ch. 1 al. 1 CP), dans la mesure où il a écarté la réalisation des conditions du cas aggravé de l'infraction de gestion

déloyale (art. 158 ch. 1 al. 3 CP), faute de dessein d'enrichissement illégitime. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'il a retenu que le prévenu ne s'était pas écarté des instructions des mandants sur le type de gestion convenu. S'agissant de son argumentation principale, tirée de l'absence de dessein d'enrichissement illégitime, le recourant ne démontre nullement en quoi la motivation circonstanciée du procureur serait erronée. Il se contente d'affirmer que « le modus operandi du prévenu pour s'accaparer le patrimoine de L. _____, X. _____ et feu S. _____ [serait] rigoureusement le même » et impliquerait un « clair dessein d'enrichissement illégitime, puisqu'aucune autre raison que celle de ponctionner au maximum la fortune des plaignants ne justifie[rait] la pratique du prévenu », et que « le procureur n'explique pas non plus en quoi les faits reprochés au détriment de L. _____ seraient à ce point différents de ceux commis au détriment de X. _____ et de feu sa mère pour retenir un dessein d'enrichissement dans le premier cas de figure, mais non pas dans le second ». Ce faisant, le recourant perd toutefois de vue qu'il ne s'agit pas, dans le cadre de l'ordonnance attaquée, d'analyser sur le plan juridique les infractions que le prévenu aurait commises au détriment de L. _____, qui ont fait l'objet de décisions d'ouverture puis d'extension d'instruction et donneront lieu en temps utile à une analyse spécifique et à une ordonnance de clôture d'instruction – que ce soit une ordonnance de classement ou une ordonnance de mise en accusation (cf. art. 318 al. 1 CPP) –, mais bien les infractions que le prévenu aurait commises au détriment du recourant et de feu sa mère. Or le recourant ne s'en prend nullement à l'analyse spécifique des infractions reprochées au prévenu à son détriment et à celui de feu sa mère à laquelle a procédé le Procureur, qui échappe à la critique et qui peut être confirmée. Cela étant, il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs soulevés par le recourant à l'encontre de la motivation subsidiaire exposée par le Procureur à l'appui de sa décision de ne pas entrer en matière sur les faits décrits aux points 2.1, 2.2,

E. 4.2

Le recourant conteste ensuite l'ordonnance attaquée en tant qu'elle statue sur les faits décrits au point 2.4 de cette ordonnance.

E. 4.2.1

Le Procureur a retenu, en se fondant sur l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 août 2018 (6B_689/2016, consid. 3.4), que ce n'était que depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460) qu'un gestionnaire de fortune était réputé savoir qu'il devait restituer au client les rétrocessions perçues, de sorte qu'il ne pouvait pas être entré en matière pour des faits antérieurs au 22 mars 2006. Concernant les commissions indirectes, le Procureur a retenu que ce n'était que depuis l'arrêt de la I re Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 30 octobre 2012 (ATF 138 III 755, JdT 2014 II 241) – par ailleurs en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de droit pénal – qu'un gestionnaire de fortune était réputé savoir qu'il devait restituer au client les commissions de distribution perçues, de sorte qu'il ne pouvait pas être entré en matière à cet égard, puisque les parties avaient déjà mis un terme à leurs relations contractuelles à ce moment-là. Le recourant soutient qu'en exposant longuement pour quels motifs juridiques certaines formes de rémunérations indirectes seraient punissables alors que d'autres ne le seraient pas, le Procureur s'attarderait sur des distinctions byzantines entre divers types de rémunérations indirectes pour ne pas instruire les faits sur certaines d'entre elles et restreindre la période d'enquête. Or en se lançant dans une analyse juridique complexe des différentes formes de rémunération indirectes, qui seraient l'objet d'âpres discussions en doctrine et d'une jurisprudence sujette à interprétation, le Procureur violerait le principe selon lequel une

ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte s'il est nécessaire de procéder à une appréciation juridique approfondie. Le Procureur se substituerait ainsi au juge en retenant à ce stade déjà que l'instruction devrait porter uniquement sur les rétrocessions et depuis le 22 mars 2006 seulement. Il sied tout d'abord de relever qu'on ne voit pas en quoi la distinction entre rétrocessions (qui sont considérées comme un rabais accordé par la banque dépositaire et sont en principe soumises à une obligation de restitution au client) et commissions indirectes (Bestandespflegekommissionen ou commissions d'état, qui sont versées par des établissements financiers tiers en rémunération du placement de leurs produits par le gestionnaire de fortune), qui est clairement posée par la jurisprudence (TF 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.4.5 et les références), présupposerait une analyse juridique complexe. Dans cette mesure, la critique du recourant tombe à faux. Cela étant, il ne résulte pas de la jurisprudence citée par le Procureur (TF 6B_689/2016 du 14 août 2018, destiné à la publication, consid. 3.4) qu'avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460), le gestionnaire de fortune qui percevait des rétrocessions ne pouvait pas violer un devoir de gestion de manière intentionnelle puisque ledit devoir lui était inconnu. Le Tribunal fédéral a bien plutôt considéré qu'après l'arrêt du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460) – dans lequel il a été posé que s'il n'a pas préalablement reçu une information complète et véridique concernant les prestations que le gérant recevra de la banque dépositaire, ou, le cas échéant, d'autres tiers, le client ne peut pas valablement libérer son cocontractant de ses devoirs de rendre compte des rétrocessions et de les restituer –, le gestionnaire de fortune ne pouvait plus prétendre avoir cru de bonne foi à la validité d'une clause de renonciation selon laquelle « toute rétrocession ou tout rabais accordé par des banques, intermédiaires financiers ou fonds de placement à la société, sur la base d'un accord, reste acquis à la société. Le client confirme qu'il renonce à ce qu'on lui rende compte de ces rétrocessions et abandonne toute prétention à cet égard ». C'est tout à fait différent. Dans ces conditions, il n'est pas possible de considérer, à ce stade et sans mesures d'instruction, que les rétrocessions que le prévenu aurait perçues sans les restituer au recourant ou à feu la mère de ce dernier ne réalisent manifestement pas les éléments constitutifs de l'infraction de gestion de déloyale qualifiée pour la période comprise entre 2004 et le 22 mars 2006.

E. 4.2.2

Quant aux commissions indirectes perçues par le prévenu, le point de savoir si leur non-restitution est susceptible de réaliser les éléments constitutifs de l'infraction de gestion déloyale qualifiée nécessite une analyse juridique approfondie, supposant d'apprécier la portée divergente de différents arrêts rendus par différentes cours du Tribunal fédéral, qui ne saurait à l'évidence avoir lieu au stade de la non-entrée en matière.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et l'ordonnance du 24 septembre 2018 annulée en tant que le Ministère public n'entre pas en matière sur les faits antérieurs au 22 mars 2006 décrits au point 2.4a de l'ordonnance, ainsi que sur les faits décrits au point 2.4b de l'ordonnance (cf. consid. 4 supra). L'ordonnance sera en revanche confirmée en tant qu'il n'est pas entré en matière sur les faits décrits aux points 2.1, 2.2 et 2.3 de l'ordonnance (cf. consid. 3 supra). Le dossier de la cause sera renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, pour qu'il étende l'instruction pénale dirigée contre P. _____ aux faits décrits au point 2.4 de l'ordonnance entreprise. Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument

d'arrêt, par 1'320 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 ; BLV 312.03.1]), seront mis pour trois quarts à la charge du recourant, qui succombe en grande partie (art. 428 al. 1 CPP), le solde étant laissé à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP). Par ces motifs, la Chambre des recours pénale prononce : I. Le recours est partiellement admis. II. L'ordonnance du 24 septembre 2018 est annulée en tant qu'il n'est pas entré en matière sur une partie des faits décrits au point 2.4 de cette ordonnance. Elle est confirmée pour le surplus. III. Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, pour qu'il procède dans le sens des considérants. IV. Les frais d'arrêt, par 1'320 fr. (mille trois cent vingt francs), sont mis pour trois quarts, soit par 990 fr. (neuf cent nonante francs), à la charge du recourant, le quart restant étant laissé à la charge de l'Etat. V. L'arrêt est exécutoire. Le président : La greffière : 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. _____), - Me Robert Fox, avocat (pour P. _____), - 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). La greffière :

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