REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/13978/2020 **ACPR/30/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 13 janvier 2023

Entre

A_____, domicilié _____ [BE], comparant par M^e^ Jean-François DUCREST, étude DUCREST HEGGLI AVOCATS LLC, rue de l'Université 4, case postale 3247, 1211 Genève 3,

B_____, domicilié _____ [VS], **C_____ LTD** et **D_____ LTD**, ayant leur siège à _____ [Chine], tous trois comparant par M^e^ Philippe JACQUEMOUD, avocat, étude JACQUEMOUD STANISLAS, rue François-Bellot 2, 1206 Genève,

E_____ et **F_____**, domiciliés _____ [GE], **G_____**, domicilié _____, Émirats arabes unis, **H_____,** domiciliée, _____, Israël, tous quatre comparant par M^e^ Marc OEDERLIN, avocat, NOMEA Avocats SA, avenue de la Roseraie 76A, 1205 Genève,

recourants,

contre les ordonnances de non-entrée en matière et de disjonction rendues le 25 octobre 2022 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. **a.** Par deux ordonnances du 25 octobre 2022, communiquées par pli simple, le Ministère public a décidé de ne pas entrer en matière sur les plaintes contre la banque I_____ (ci-après: la Banque) et/ou toute personne impliquée au sein de cet établissement et a, concomitamment, ordonné la disjonction des faits liés aux plaintes contre J_____ et K_____.

b. Par deux actes séparés, déposés le 7 novembre 2022, F_____, E_____, G_____ et H_____, d'une part, et C_____ LTD, D_____ LTD (ci-après: D_____ LTD) et B_____, d'autre part, recourent contre ces deux ordonnances et concluent, sous suite de frais et dépens, à leur annulation et au renvoi de la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

c. Par acte déposé le même jour, A_____ recourt contre l'ordonnance de non-entrée en matière et conclut, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi de la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

d.F_____, E_____, G_____ et H_____ ont conjointement versé les sûretés en CHF 1'500.- qui leur étaient réclamées par la Direction de la procédure. Il en est allé de même pour C_____ LTD, D_____ LTD et B_____.

A_____ a versé des sûretés en CHF 900.-.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. F_____, E_____, G_____, H_____, C_____ LTD, D_____ LTD B_____ et A_____ ont tous ouvert un ou plusieurs comptes auprès de la Banque et confié la gestion de leurs avoirs à la société L_____ SA (ci-après: L_____ SA), animée par J_____ et K_____.

La Banque et L_____ SA sont liées, depuis juin 2012, par une "*convention de gérant indépendant*", où la seconde s'engage à présenter à la première des clients et à gérer les comptes de ceux-ci, en contrepartie de rétrocessions.

b. Les recourants ont tous signé, à l'ouverture de leur relation bancaire, plusieurs documents contractuels. On y trouve notamment:

(i) une "*Demande d'ouverture de compte et dépôt*", où figurent:

- un chapitre "*E. Droit général de gage et cession*" stipulant que "[s]*i la valeur des Sûretés vient à diminuer ou si une telle diminution apparaît imminente, selon la*

propre appréciation de la Banque, ou si pour toute autre raison la Banque ne s'estime plus suffisamment garantie par les Sûretés, celle-ci pourra en tout temps, sans égard aux termes et conditions d'exigibilité de ses créances, demander au Client que des Sûretés complémentaires lui soient fournis immédiatement ou dans tout délai qu'elle fixera librement.".

Dans le cas où les "*Sûretés complémentaires demandées ne sont pas fournies immédiatement ou dans le délai imparti, et si dans le même temps, aucun paiement ne rétablit une situation de couverture jugée suffisante pour la Banque, l'ensemble des créances de cette dernière à l'encontre du Client deviendra immédiatement exigible dans sa totalité, sans qu'aucun préavis ne soit nécessaire. Il en va de même si pour des raisons matérielles ou juridiques il n'était pas possible pour la Banque de faire une telle demande de Sûretés complémentaires au Client, ou si des circonstances extraordinaires survenaient,* […]";

- un chapitre "*F. Conditions générales*", selon lequel "*la Banque est toujours libre de refuser de donner suite à des instructions du Client pouvant exposer la Banque à un risque de crédit* […]. *La Banque est notamment en droit de restreindre, aux fins de gérer ses risques juridiques et réputationnels, les moyens et modalités de paiement ou de transfert d'actifs du Client*, *en particulier dans le contexte de la clôture de sa relation bancaire.*";

  "*Le Client autorise irrévocablement la Banque à liquider en tout temps, sans être tenue à l'en informer au préalable, tout ou partie des opérations à terme en cours, en cas d'insuffisance de la couverture. De même, la Banque est autorisée à refuser d'exécuter tout ou partie des instructions du Client, si la couverture est insuffisante selon la libre appréciation de la Banque.*";

(ii) une "*Procuration limitée à la gestion*" en faveur de L_____ SA.

Ce document précise que le "*Mandataire est autorisé à accomplir tous actes d'administration et de gestion du compte sans aucune restriction et sans être obligé de s'en tenir aux opérations bancaires ordinaires* […].";

"*Le Client déclare être conscient des éventuels problèmes de transmission d'ordres pouvant survenir et accepte de supporter intégralement tous les risques liés à leur transmission (tels que retard dans la transmission ou l'exécution des ordres, problèmes liés à l'intégralité, l'authenticité et la confidentialité des ordres transmis).*";

(iii) une "*Décharge relative à des investissements en devises étrangères (Forex) et aux autres opérations sur dérivés*" (ci-après: la Décharge).

À teneur de celle-ci, le "*Client reconnaît expressément que toutes les valeurs patrimoniales qu'il a déposées auprès de la Banque sont nanties en faveur de celle-ci à titre de couverture des opérations effectuées. En outre, la Banque fixe la marge initiale dont le Client doit disposer. Cette marge est adaptée à intervalles réguliers en fonction de la situation du marché et doit être couverte par des avoirs en compte ou par une limite de crédit. Lorsque la marge est insuffisante, le Client doit immédiatement effectuer un versement complémentaire de marge (margin call). La Banque a le droit, à son entière discrétion, de sommer le Client ou son mandataire d'effectuer des versements complémentaires.*";

"*[s]i la marge est dépassée et/ou si les garanties fournies ont perdu de leur valeur et que le Client n'effectue pas les versements complémentaires requis dans un délai d'un jour ouvrable de la Banque après sommation, ou dans un délai plus bref à fixer par la Banque en cas de circonstances exceptionnelles telles que la détérioration de la situation du marché, la Banque est en droit, à son entière discrétion, de liquider immédiatement une position ouverte du Client, qui supporterait entièrement toute perte qui en découlerait.*";

"[l]*e Client décharge expressément la Banque de toute responsabilité quant aux pertes éventuelles qu'il viendrait à subir du fait de ces investissements, sous réserve de faute grave de cette dernière*".

c.a. Les époux E_____/F_____, G_____, H_____ et A_____ ont déposé plaintes respectivement les 23 et 30 juillet et 5 août 2020 pour gestion déloyale (art. 158 CP) contre toute personne impliquée dans les faits dénoncés au sein de la Banque, subsidiairement contre la Banque elle-même.

B_____, C_____ LTD et D_____ LTD en ont fait de même les 4, 7 et 9 septembre 2020, plaintes respectivement enregistrées sous les numéros de cause P/13978/2020, P/2_____/2020 et P/3_____/2020, toutes jointes à la présente le 24 suivant.

c.b. En substance, dans le cadre d'une période particulièrement volatile des marchés, entre le 6 et le 12 mars 2020, en raison de la crise du Covid-19 et d'un krach boursier, les prénommés reprochent à la Banque:

- l'utilisation d'outils informatiques obsolètes et incompatibles avec la stratégie d'investissements opérée par L_____ SA;

- un manque de personnel qualifié et des erreurs humaines en lien avec le calcul des risques afférents à leurs comptes, lesquels présentaient, par conséquent, des soldes artificiellement erronés;

- un changement unilatéral de la procédure de passation des ordres reçus par L_____ SA (abandon des instructions orales au profil d'instructions écrites, devant être doublement validées), entravant de la sorte la gestion de leurs comptes;

- un blocage et une sélection d'opérations à effectuer, dans un temps de réaction inadéquat, ayant entrainé une perte de contrôle de L_____ SA sur les comptes gérés, malgré les tentatives de celle-ci de réduire les risques;

- la liquidation de leur patrimoine, le 12 mars 2020, sans préavis ni appel de marge, alors même que certains comptes n'étaient pas en situation de couverture insuffisante, de l'ensemble de leurs portefeuilles.

d. À l'appui de leurs plaintes, ils ont produit de nombreux courriels échangés entre L_____ SA et la Banque durant la période en question, de même que les notes récapitulatives d'une séance intervenue le 11 mars 2020 en présence de représentants des deux sociétés.

Il en ressort que :

- L_____ SA a contesté, à plusieurs reprises, la teneur des tableaux de risques établis par la Banque en lien avec les comptes et s'est plainte du système utilisé pour calculer les soldes;

- le 9 mars 2020, la Banque a requis un appel de marge pour tous les "*clients en Net Equity Negatif*".

- le 11 mars 2020, J_____ s'est plaint d'un "*blocage*" de la part de la Banque, empêchant L_____ SA de diminuer les risques pour les clients. Il a également écrit à la Banque: "*Nous comprenons que pour passer des ordres pour diminuer les risques, le département des risques chez I_____ doit approuver ces mêmes ordres. Cette situation est ingérable car le temps de réaction est trop long et bien entendu les conditions de marché évoluent très vite. Nous ne pouvons pas sortir de cette situation si nous ne pouvons pas opérer correctement dans l'intérêt des clients.*";

- le même jour, la Banque a fait transmettre à L_____ SA un tableau des positions avec l'ordre de notifier un appel de marge à tous les clients présentant une couverture inférieure à 80%. Les fonds supplémentaires devaient être versés dans les 48h et, dans l'intervalle, il n'était plus accepté d'ordre sur l'ensemble de la relation L_____ SA;

- lors de la séance en présentielle du 11 mars 2020 entre L_____ SA et la Banque, K_____ a, derechef, soutenu que les calculs de la Banque sur le solde des comptes clients présentaient souvent des erreurs. Celle-ci a affirmé avoir essayé de tenir le plus longtemps possible mais la situation n'était plus "*supportable*". K_____ a rappelé l'impact négatif des ordres bloqués par la Banque;

  Un accord avait finalement été trouvé par les parties portant sur un calcul commun des positions des comptes. Peu de temps après, la Banque a toutefois informé L_____ SA que "*la proposition de revue complète des chiffres du département des risques a*[vait] *été refusé* […] *et qu'un nouveau tableau sera*[it] *émis et envoyé dans la soirée avec les chiffres de clôture, et que seuls ces chiffres fer*[aient] *foi pour procéder à l'apport de marge supplémentaire par les clients*". Ledit tableau a été envoyé dans la soirée (20h02), avec la consigne, pour tous les clients présentant une couverture inférieure à 80%, de fournir d'ici au lendemain (9h00) la confirmation que les appels de marge avaient bien été reçus et le montant de l'apport supplémentaire que chacun des clients concernés s'était engagé à transférer;

- le 12 mars 2020, L_____ SA a listé les comptes non concernés par l'appel de marge selon le tableau reçu la veille, soulignant qu'il était "*injustifiable*" pour la Banque de refuser de prendre les ordres par téléphone. Elle exigeait ainsi le rétablissement immédiat de la procédure usuelle;

- le même jour, la Banque a d'abord adressé à L_____ SA une liste des comptes désormais en situation de liquidation. Dans un second temps, elle a répondu au courriel de L_____ SA susvisé en expliquant avoir appliqué sa politique d'appel de marge, respectivement de mise en liquidation, connue par L_____ SA, lorsque les portefeuilles étaient passés sous le seuil de couverture de 60%. Elle ne pouvait pas prendre position sur la stratégie de "*dérisking*", rappelant que la gestion des portefeuilles avait été confiée à L_____ SA, seule responsable des résultats.

e. Entre le 13 juillet 2021 et le 11 avril 2022, la police a procédé à l'audition de cinq employés (ou anciens employés) de la Banque, en qualité de personnes appelées à donner des renseignements ou de témoins. Elle a aussi entendu la plaignante, F_____.

L'un des employés auditionnés a produit des déterminations écrites et la Banque a versé un rapport de M_____ [cabinet d'audit et de conseil], dont la mission était d'analyser les événements ayant mené à la liquidation des portefeuilles.

f. Les 23 décembre 2020 et 19 juillet 2021, des plaintes ont été déposées par des tiers contre J_____ et K_____, notamment pour avoir multiplié des transactions afin de générer des gains au profit de L_____ SA.

C. **a.** Dans l'ordonnance de non-entrée en matière, le Ministère public relève que "*les plaignants*" avaient confié la gestion de leurs actifs à L_____ SA et non pas à la Banque, qui n'intervenait que comme dépositaire des fonds, au bénéfice d'un contrat "*execution only*". Cette dernière, à teneur de la documentation contractuelle (dont des extraits sont cités) était en droit, à son entière discrétion, de procéder à des appels de marge et de liquider les positions ouvertes si les versements requis n'étaient pas effectués dans un délai défini. Dans un contexte de krach boursier, la Banque s'était ainsi retrouvée dans l'obligation de protéger son risque crédit, en liquidant les investissements des plaignants. Le système de sûretés mis en place était d'ailleurs destiné à protéger les intérêts de la Banque, et non ceux des clients.

b. Dans l'ordonnance de disjonction, le Ministère public constate que les faits liés à la Banque étaient en état de faire l'objet d'une décision, contrairement à ceux liés à J_____ et K_____, dont l'instruction devait continuer sous la cause disjointe P/1_____/2022.

D. **a.** Dans leurs recours respectifs, lesquels sont identiques, F_____, E_____, G_____, H_____, C_____ LTD, D_____ LTD et B_____ concèdent que la documentation contractuelle prévoyait que la Banque n'était pas chargée de la gestion de leurs avoirs bancaires. Cela étant, le Ministère public avait constaté de manière inexacte les faits. Il se reposait sur "*une analyse rétrospective arbitrairement fixée au 12 mars 2020*" alors que le comportement constituant une gestion déloyale se situait "*en amont*", à l'ouverture des marchés le 9 précédent. À partir de cette date, la Banque avait restreint, voire bloqué les ordres passés par L_____ SA alors même qu'aucun de leurs comptes n'était dans une situation d'appel de marge. L'ordonnance de non-entrée en matière consacrait en outre une violation du principe "*in dubio pro duriore*". Nonobstant la nature – admise – de type "*execution only*" de la relation contractuelle avec la Banque et l'intervention d'un gérant externe, celle-ci conservait l'obligation d'exécuter les ordres reçus dans les meilleures conditions et de leur rendre des comptes à cet égard. La Banque occupait ainsi une position de gérant. Outre le refus de passer des ordres en l'absence de tout appel de marge, les manquements mis en lumière dans les plaintes permettaient de retenir une "*faute grave*" de la Banque. Notamment, les conditions contractuelles ne permettaient pas à cette dernière, contrairement à ce que retenait le Ministère public, de "*tirer la prise*" puisqu'il n'était pas démontré que les comptes se trouvaient, au 9 mars 2020, en situation de couverture insuffisante.

Dans la mesure où l'ordonnance de disjonction était étroitement liée à l'ordonnance de non-entrée en matière, elle devait suivre le sort réservé à la seconde.

b. Dans son recours, A_____ invoque une violation de l'art. 29 Cst. L'ordonnance querellée traitait la cause de manière générale, sans tenir compte de son cas particulier, qui se différenciait des autres plaignants au motif que son compte n'était pas en situation d'appel de marge et que même après la liquidation des positions, la Banque avait réclamé un apport supplémentaire de sa part. La documentation contractuelle citée ne correspondait pas non plus à la sienne. En outre, l'ampleur des investigations menées par la police, soit des auditions et des ordres de dépôts, dépassait le seuil des actes pouvant lui être délégué avant l'ouverture d'une instruction. Le Ministère public était dès lors tenu d'ouvrir une instruction formelle et, dans ce contexte, de lui permettre – ainsi qu'aux autres plaignants – d'être entendus mais également de se déterminer sur les éléments de preuve. Enfin, l'ordonnance querellée consacrait une violation du principe "*in dubio pro duriore*". La relation initiale de type "*execution only*" avec la Banque n'était pas contestée. Néanmoins, sa nature avait évolué au moment où la situation du marché s'était dégradée. À partir du 9 mars 2020, la Banque avait restreint, voire bloqué les ordres passés par L_____ SA, prenant de la sorte la main sur la gestion et la responsabilité liée au risque. La Banque n'avait, de plus, pas respecté les conditions contractuelles, notamment liée à l'appel de marge, avant de liquider ses positions. L'examen, individuel, des comptes de l'ensemble des plaignants, afin de déterminer s'ils étaient effectivement en situation de couverture insuffisante, était essentiel pour déterminer si la Banque avait agi en qualité de gérant; dès lors qu'elle restait tenue de respecter les règles de la bonne foi et de limiter au maximum les pertes de ses clients.

c. À réception des sûretés, les causes ont été gardées à juger, sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. La connexité des recours, qui portent sur les mêmes ordonnances et reposent sur des faits et moyens similaires, commande leur jonction. Il sera donc statué par un seul arrêt.

2. **2.1.** Les recours ont été déposés selon la forme et – faute de notification conforme à l'art. 85 al. 2 CPP – dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concernent des ordonnances sujettes à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émanent des plaignants, parties à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP).

2.2. Les recourants disposent d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de l'ordonnance de non-entrée en matière (art. 382 al. 1 CPP). En effet, rien ne permet de considérer, à ce stade, que la Banque aurait (intégralement) indemnisé les intéressés du dommage allégué en lien avec les prétendus manquements reprochés et plus particulièrement, avec la liquidation de leurs comptes, de sorte que les

plaignants semblent être directement touchés dans leurs droits sur ces aspects, à l'exclusion de la banque (arrêt du Tribunal fédéral 1B_190/2016 du 1er septembre 2016 consid. 2.2 et 2.3).

2.3. Les recourants, à l'exception de A_____, contestent, en sus de l'ordonnance querellée, l'ordonnance de disjonction, par laquelle le Ministère public a décidé d'instruire, dans une cause séparée, les faits liés aux plaintes contre J_____ et K_____.

Or, ils ne font pas partie des plaignants sur ce volet et n'ont pas formulé de reproches à l'égard des deux précités, ni, *a fortiori*, prétendu avoir subi un dommage dont ces derniers seraient responsables. Partant, se pose la question de savoir s'ils disposent d'un intérêt juridique à s'opposer à l'ordonnance de disjonction, dès lors que les faits disjoints ne les concernent pas; la question peut toutefois rester en suspens, compte tenu de ce qui suit.

Les recours, moyennant cette réserve, sont donc recevables.

3. À titre individuel, A_____ fait grief au Ministère public d'avoir violé les art. 29 Cst. ainsi que 309 et 147 CPP.

3.1. La garantie du droit d'être entendu, déduite de l'art. 29 al. 2 Cst., impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que les parties puissent les comprendre et apprécier l'opportunité de les attaquer, et que les autorités de recours soient en mesure d'exercer leur contrôle (ATF 141 III 28 consid. 3.2.4 p. 41).

Une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel également prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à prendre (ATF 138 V 125 consid. 2.1 p. 127).

L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents. La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 143 III 65 consid. 5.3 p. 71; arrêt du Tribunal fédéral 6B_226/2019 du 29 mars 2019 consid. 2.1).

3.2. Le ministère public peut procéder à certaines vérifications avant de refuser d'entrer en matière. Il peut demander des compléments d'enquête à la police, non seulement lorsqu'il s'agit de compléter un précédent rapport au sens de l'art. 307 CPP, mais aussi lorsque la dénonciation elle-même apparaît insuffisante (art. 309 al. 2 CPP). Il ressort également de l'art. 309 al. 1 let. a CPP que le ministère public peut procéder à ses propres constatations. Cela comprend le droit

de consulter les fichiers, dossiers et renseignements disponibles. Il en va de même lorsque le ministère public demande à la personne mise en cause une simple prise de position (arrêts du Tribunal fédéral 6B_496/2018 du 6 septembre 2018 consid. 1.3; 6B_1365/2017 du 27 juin 2018 consid. 3.3).

Diverses mesures d'investigation peuvent être mises en œuvre avant l'ouverture d'une instruction, telle que l'audition des lésés et suspects par la police sur délégation du ministère public (art. 206 al. 1 et 306 al. 2 let. b *cum* art. 309 al. 2 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 6B_875/2018 du 15 novembre 2018 consid. 2.2.1).

Le simple écoulement du temps ne saurait donner droit à l'ouverture d'une instruction (arrêt du Tribunal fédéral 1B_271/2012 du 6 septembre 2012 consid. 2.2; ACPR/166/2014 du 24 mars 2014 consid. 3.1).

3.3. En l'espèce, à titre liminaire, la documentation contractuelle citée dans l'ordonnance de non-entrée en matière s'applique indistinctement aux recourants. Les différences soulignées par A_____ par rapport à sa propre situation s'avèrent purement formelles, comme une numérotation divergente, mais ne concernent pas la teneur même des clauses.

En tout état, la Cour de céans jouissant d'un plein pouvoir de cognition en droit, en fait et en opportunité (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1), les éventuelles constatations inexactes du Ministère public ont été corrigées dans l'état de fait établi ci-dessus.

Que le Ministère public n'ait pas traité individuellement chaque cas n'empêche pas d'appréhender son raisonnement. On comprend ainsi que pour tous les plaignants, il dénie la qualité de gérant à la Banque, relevant que la gestion des comptes avait été confiée à L_____ SA et estimant ainsi que les conditions de l'infraction de gestion déloyale ne sont pas réalisées. En cela, il fait fi de la situation concrète de chaque compte, que ce soit avant ou après la liquidation des positions. À ce titre, A_____ ne saurait revendiquer que son cas devait être individualisé, au motif que son compte ne présentait pas une couverture insuffisante.

Enfin, les investigations menées jusqu'à la non-entrée en matière ont consisté en: le dépôt – volontaire – de pièces bancaires, la remise de déterminations écrites, un rapport de M_____ et l'audition de membres de la Banque mise en cause ainsi que celle d'une plaignante. L'autorité précédente n'a ainsi pas outrepassé les actes susceptibles d'intervenir avant l'ouverture formelle d'une instruction, aucune mesure de contrainte n'ayant notamment été ordonnée et la durée de ces investigations préliminaires (deux ans) n'étant pas déterminante.

Compte tenu de ce qui précède, ces premiers griefs s'avèrent infondés.

4. Les recourants reprochent au Ministère public de ne pas être entré en matière sur leurs plaintes.

4.1. 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.

Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*" (arrêt 6B_1456/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.1 et les références citées). Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) 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 à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

Une non-entrée en matière s'impose également lorsque le litige est de nature purement civile (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 s.).

4.2. 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).

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 p. 350; 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 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350; 123 IV 17 consid. 3b p. 21).

Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP n'est pas décrit par le texte légal. Il consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant. Le gérant sera ainsi punissable s'il transgresse – par action ou par omission – les obligations spécifiques

qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne (ATF 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350). Savoir s'il y a violation de telles obligations implique de déterminer, au préalable et pour chaque situation particulière, le contenu spécifique des devoirs incombant au gérant. Ces devoirs s'examinent au regard des dispositions légales et contractuelles applicables, des éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (arrêts du Tribunal fédéral 6B_230/2020 du 8 juin 2020 consid. 3.2.1; 6B_1074/2019 du 14 novembre 2019 consid. 4.1).

4.3.1. 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: le contrat de gestion de fortune (*Vermögensverwaltungsvertrag*), le contrat de conseil en placements (*Anlageberatungsvertrag*) et la relation de simple compte/dépôt bancaire (*blosse Konto-/Depot-Beziehung; execution only)* (ATF 133 III 97 consid. 7.1 p. 102; arrêt du Tribunal fédéral 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 du Tribunal fédéral 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; 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.1). 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 LBVM.

4.3.2. Dans le contrat de simple compte/dépôt bancaire (e*xecution 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.4).

4.4. Dans l'état de fait de l'arrêt 6B_1381/2021 du 24 janvier 2022, une banque et son client étaient liés par un contrat *execution only* de négoce d'options et de futures. Le contrat obligeait le second à surveiller son compte afin de respecter les besoins en marge, ceux-ci étant fixés par la banque en fonction du risque généré par la transaction ou de la stratégie envisagée par le client. Si les besoins en marge n'étaient pas satisfaits, la banque pouvait réaliser les positions à sa libre appréciation. La banque ayant informé le client d'une augmentation des besoins de marge et de la nécessité de fournir immédiatement des fonds supplémentaires et ce dernier n'ayant pas répondu, les positions ont été réalisées et reprises dans les livres de la banque. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral nie la réalisation d'une gestion déloyale

(consid. 4.1 ss). En l'occurrence, la banque ne pouvait pas être considérée comme un gérant au sens de l'art. 158 CP. Le contrat prévoyait expressément que le client était seul responsable de la gestion et de la surveillance de ses positions. La banque n'intervenait ni en qualité de gérant, ni de conseiller en placement. Par ailleurs, la possibilité pour celle-ci de réaliser les positions en cas de non-satisfaction de l'appel de marge démontrait qu'elle agissait dans son intérêt et non pas celui du client.

4.5. En l'espèce, à teneur de la documentation d'ouverture de compte, la Banque est intervenue à titre de dépositaire des avoirs des recourants, l'intégralité de la gestion de ceux-ci étant confiée au gérant externe, seul susceptible d'opérer la stratégie d'investissements et de donner des instructions à cette fin. Cela découle également de la "*convention de gérant indépendant*", par laquelle L_____ SA s'engage à gérer les comptes clients apportés à la Banque. Les recourants admettent eux-mêmes la nature "*execution only*" de leur relation bancaire et concèdent qu'initialement, la Banque n'avait aucun pouvoir de gestion sur leurs comptes.

Néanmoins, ils reprochent à la Banque une série de manquements, organisationnels et décisionnels, ayant conduit à la liquidation – prétendument sans droit – de leurs positions le 12 mars 2020.

Les pièces au dossier, en particulier les échanges intervenus entre la Banque et L_____ SA à compter du 9 mars 2020, laissent apparaître une communication défaillante, sinon conflictuelle entre les deux, en lien avec les portefeuilles des recourants. Vraisemblablement, les calculs et les projections de l'une ne correspondaient pas à ceux de l'autre. Il en a résulté des visions antagonistes de la situation des comptes dans le contexte de la volatilité du marché et, par voie de conséquence, des approches et des réactions divergentes pour y faire face.

Dans ce contexte, la Banque semble avoir bloqué, à tout le moins filtré, les instructions reçues de L_____ SA. Par la suite, elle a, successivement – voire concomitamment –, cherché à procéder à un appel de marge pour les comptes qu'elle évaluait en situation de couverture insuffisante et liquidé l'ensemble des positions.

En revanche, il n'est pas établi – ni, *a fortiori*, allégué – que la Banque aurait pris seule des décisions relatives aux investissements, qu'elle n'aurait pas été en mesure d'exécuter de par son seul rôle de dépositaire des avoirs. Dit autrement, elle n'a effectué aucune opération permettant de conclure qu'elle se serait subrogée au gérant externe, par exemple en décidant d'une nouvelle stratégie d'investissements ou en reprenant la main, par le biais de transactions ciblées, sur celle mise en place par L_____ SA.

Ainsi, les démarches entreprises par la Banque sont restées circonscrites au champ des possibilités prévues et stipulées dans les différents documents contractuels

applicables à la relation bancaire – de type "*execution only*" – avec les recourants. En effet, les clauses en vigueur prévoient, pour la Banque, le droit d'obtenir l'apport de sûretés supplémentaires en cas de couverture insuffisante des risques liés aux transactions, de refuser d'exécuter ou de surseoir à l'exécution d'instructions l'exposant à un risque de crédit ou encore de liquider, sans préavis, des opérations à terme en cours. La Décharge transfère même la responsabilité aux recourants des pertes éventuelles liées aux investissements, sous réserve d'une faute grave de la Banque.

Or, manifestement, ces conditions contractuelles visent avant tout à protéger les intérêts de la Banque et non pas ceux de ses clients, soit en l'occurrence, ceux des recourants. Par conséquent, en faisant usage de ces clauses, la Banque n'a pas pris la responsabilité de l'administration et de la gestion des avoirs des recourants, mais seulement des siens.

En cela, la situation du cas d'espèce est similaire à celle de l'arrêt 6B_1381/2021 précité et, pour les mêmes raisons, il y a lieu de dénier la qualité de gérant à la Banque.

Partant, une condition de l'infraction de gestion déloyale fait défaut.

Les reproches formulés par les recourants contre la Banque doivent, 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. Cet examen porte ainsi sur une bonne, voire, sur une mauvaise exécution contractuelle de la Banque, au sens du Code des obligations.

Compte tenu de ce qui précède, la cause apparaît comme relevant des juridictions civiles exclusivement. C'est ainsi à bon droit que le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur les faits.

5. Justifiée, l'ordonnance de non-entrée en matière sera donc confirmée.

6. **6.1.** Selon l'art. 30 CPP, si des raisons objectives le justifient, le Ministère public et les tribunaux peuvent ordonner la jonction ou la disjonction de procédures pénales.

6.2. En l'espèce, dans la mesure où l'ordonnance de non-entrée en matière est confirmée, les faits relatifs à la Banque ne font plus l'objet d'une enquête préliminaire, tandis que ceux concernant J_____ et K_____ doivent, selon le Ministère public, être instruits plus en avant.

Partant, la disjonction des causes se justifie et l'ordonnance la prononçant sera également confirmée.

7. Dès lors, la Chambre de céans pouvait décider d'emblée de traiter les recours, sans échange d'écritures, ni débats (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP).

8. Les frais envers l'État seront fixés en totalité à CHF 3'500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

8.1. F_____, E_____, G_____, H_____, C_____ LTD, D_____ LTD et B_____, qui succombent sur les deux recours, supporteront jointement et solidairement ceux-ci à hauteur de CHF 3'000.-, eu égard au travail fourni en ce qui les concerne.

8.2. A_____, qui succombe sur son recours, les supportera, lui, à concurrence de CHF 500.-.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Joint les recours.

Les rejette.

Dit que les frais de la procédure de recours sont arrêtés à CHF 3'500.-.

Condamne F_____, E_____, G_____, H_____, C_____ LTD, D_____ LTD et B_____, conjointement et solidairement, auxdits frais, à hauteur de CHF 3'000.- et A_____, à concurrence de CHF 500.-.

Dit que ces montants seront prélevés sur les sûretés versées, le solde de CHF 400.- étant restitué à A_____.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux recourants, soit pour eux leurs conseils, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Françoise SAILLEN AGAD, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/13978/2020 **ÉTAT DE FRAIS**

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)		
- frais postaux	CHF	30.00
Émoluments généraux (art. 4)		
- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00
Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)		
- décision sur recours (let. c)	CHF	3'395.00
-	CHF	
Total	CHF	**3'500.00**