REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/25837/2019 **ACPR/740/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 2 novembre 2021

Entre

A_____, domicilié _____, Italie, comparant par M^e^ B_____, avocat, _____

recourant

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 11 mars 2021 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 acte expédié le 22 mars 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 11 précédent, notifiée par pli simple, aux termes de laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur les faits décrits dans sa plainte du 20 décembre 2019.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens chiffrés, à l'annulation de cette décision et qu'il soit ordonner au Ministère public d'ouvrir une instruction pénale.

b. le recourant a versé les sûretés en CHF 1'000.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 20 décembre 2019, A_____ a déposé plainte contre la banque C_____SA (ci-après, la Banque) et D_____, en sa qualité d'organe de celle-ci, pour abus de confiance (art. 138 CP) et gestion déloyale (art. 158 CP).

Après avoir ouvert la relation 1_____ auprès de la Banque en 2001, A_____, domicilié à E_____/Italie, avait signé, à Genève, le 1er mars 2006, un mandat de gestion, pour des investissements non traditionnels et alternatifs, en faveur de la banque portant sur le sous-compte 2_____ ainsi que des directives d'investissements équilibrés qu'il avait annulées le 2 novembre 2007.

Le 12 septembre 2011, il avait signé les documents usuels concernant le compte 2_____ dédié au change/Forex, versé un montant de EUR 50'000.- et indiqué à D_____ qu'il s'agissait de la somme maximale qu'il était disposé à perdre dans le cadre de ce type d'opérations.

Dans le courant du premier trimestre 2016, il avait transféré EUR 114'998.38 du compte 2_____ au compte 1_____, autorisant D_____ à recommencer les investissements spéculatifs sur le Forex avec les EUR 50'000.- qu'il avait laissés sur le premier, réaffirmant, une nouvelle fois, qu'il s'agissait du montant maximum qu'il était prêt à perdre. Au 31 mars 2016, les avoirs en compte s'élevaient à EUR 41'422.78 et au 31 décembre 2016 à EUR 5'189.54.

Durant les trois années suivantes, D_____ lui avait assuré que la valeur de son portefeuille fluctuait autour de la somme d'EUR 24'000.-.

Le 20 décembre 2017, il avait signé, à la demande de la banque, un document en anglais [les précédents documents et la correspondance étaient rédigés en italien] dont il n'avait pas compris le contenu, ne maîtrisant pas cette langue; il s'agissait, pour le compte

2_____, d'une déclaration [traduction libre] sur le statut d'investisseur professionnel/qualifié union européenne/espace économique européen (déclaration MIFID), dont les choix suivants ont été faits:

"*I. statut financier:*

- […]

- Un investisseur qui ne satisfait pas aux critères ci-dessus mais qui confirme par la présente qu'il souhaite être traité comme un investisseur professionnel/qualifié (" opting in") A cette fin, le client confirme qu'il remplit, au minimum, deux des trois conditions suivantes (cochez les deux cases correspondantes) :

- *détention d'un portefeuille d'actifs financiers supérieur à EUR 500'000.-*

- *exécution de transactions sur instruments financiers, chacune de taille significative (en France, une transaction sur des instruments financiers est de taille significative si son montant brut est supérieur à 600 euros), à une fréquence moyenne de 10 transactions par trimestre au cours des quatre trimestres précédents.*

[…].

Le Client s'engage à fournir à la Banque les pièces justificatives de sa situation et s'engage à informer immédiatement et spontanément la Banque en cas de modification de sa situation décrite ci-dessus. La Banque peut en outre demander à tout moment une déclaration écrite et/ou des preuves satisfaisantes de la part du Client confirmant que ces déclarations et garanties sont toujours vraies et exactes.

II. Expérience et connaissances en matière d'investissements et déclaration sur les risques.

Le client confirme par la présente que:

- *il possède l'expérience, les connaissances et l'expertise nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et appréhender et évaluer correctement les risques encourus en relation avec les transactions sur instruments financiers*

- *il est conscient des conséquences d'être traité comme un investisseur professionnel/qualifié, en particulier du fait qu'un investisseur traité comme tel bénéficie d'un niveau de protection inférieur à celui d'un investisseur non professionnel/non qualifié."*

Le 14 mars 2019, lors d'une rencontre à E_____, D_____ lui avait annoncé que le solde de son compte 2_____ était négatif de EUR 301'944.51. Le 18 suivant, il lui avait transmis la performance du compte pour la période du 14 mars 2011 au 15 mars 2019, celle cumulée des deux comptes pour la période du 1er janvier 2012 au 15 mars 2019, et les évaluations des deux portefeuilles au 15 mars 2019. La Banque avait ensuite compensé la perte sur le compte 2_____ (EUR 302'601.35) avec les fonds disponibles sur le compte 1_____, opération qu'il avait contestée par courrier du 5 avril 2019.

L'analyse des opérations intervenues sur le compte 2_____, entre le 6 janvier 2016 et le 29 mars 2019 (39 mois), montrait que des opérations spéculatives avaient porté sur au moins 9 monnaies différentes et 1788 mouvements, soit une moyenne de 46 mouvements par mois, pour une somme cumulée des mouvements de près de EUR 337'170.-; la variation de patrimoine pendant cette période avait été de - EUR 352'601.35. Les opérations ne répondaient à aucune logique financière et laissaient penser que D_____ avait multiplié les opérations en situation de conflits d'intérêts avec les contreparties impliquées et/ou pour générer des commissions en faveur de la Banque.

Il conteste avoir décidé les investissements et transactions sur le Forex opérés au détriment de son compte 2_____; avoir donné des ordres d'investissement à D_____ au cours de leurs diverses conversations téléphoniques, lesquelles ne concernaient que la situation globale de ses avoirs, mais jamais des opérations déterminées, et certainement pas du trading sur le Forex, auquel il ne connaissait rien.

À ce jour, la Banque n'avait pas fourni les retranscriptions et documents, extraits bancaires ou documents d'ouverture demandés, ni pris position sur ses requêtes.

b. Entendu par la police, D_____ a déclaré que A_____ avait, tout d'abord, ouvert un compte sur lequel il passait lui-même les ordres et un sous-compte sur lequel il avait donné un mandat de gestion discrétionnaire à la Banque; aucun montant de pertes maximales n'avait été décidé. Il était l'interlocuteur de A_____ mais ne prenait pas les décisions concernant la gestion, le département gestion de la banque s'en occupant. Mécontent des résultats, A_____ avait annulé le mandat discrétionnaire et fait transférer les fonds du sous-compte sur le compte principal, gérant ainsi lui-même l'ensemble de ses fonds; le compte principal était investi en actions et en obligations principalement. Ils discutaient ensemble et le client lui donnait les instructions, la plupart du temps par téléphone. Des notes de contact étaient établies, soit par lui-même soit par son assistante, mais pas systématiquement.

En 2011, A_____ avait souhaité réaliser des opérations sur le change et sur les options de change; le sous-compte 2_____ y avait été dédié. Comme

précédemment, ils discutaient des possibilités et, ensuite, A_____ lui donnait les instructions. Entre 2011 et 2016, A_____ avait dû gagner EUR 220'000.- sur le sous-compte. Les performances n'étaient pas linéaires, il y avait eu des périodes de creux; en 2013, le compte était descendu à moins d'EUR 100'000.-; ces variations étaient habituelles dans le Forex.

A_____ disposait d'un accès e-banking – jusqu'à 2015, époque où la correspondance lui avait été envoyée – et pouvait voir les résultats de ses deux comptes; lorsque la correspondance était retenue en banque restante, il venait signer des biens-trouvés une ou deux fois par an. Enfin, ils se parlaient très régulièrement au téléphone. Il recevait les avis pour chaque opération, les extraits de compte ainsi que l'état de ses portefeuilles. A_____, ingénieur de profession, avait de bonnes connaissances sur le Forex et en connaissait les risques; ils en avaient parlé à plusieurs reprises.

Le compte s'était retrouvé en négatif de d'EUR 300'000.- à la suite d'opérations de change que A_____ avait lui-même ordonnées. Une moyenne mensuelle de 46 mouvements n'avait rien d'anormal sur du Forex, il s'agissait de sa moyenne d'activité depuis 2011. A_____ lui donnait les instructions principalement par téléphone, sur son portable professionnel. Il passait les opérations pour celui-ci, lequel recevait la documentation y relative le lendemain, pour chaque opération. Il n'aurait pas pu être plus transparent qu'il l'avait été.

D_____ a produit les documents de réception du courrier banque restante datés des 15 décembre 2014, 29 septembre 2016, 6 novembre 2017, les états du portefeuille, contresignés par le client, en 2014, 2015, 2016 et celui au 3 novembre 2017 faisant état de pertes de EUR 52'167.99.

c. Par courrier du 24 novembre 2020, A_____ a notamment sollicité la production de la documentation bancaire relative à ses comptes, les enregistrements de ses conversations avec la Banque, les détails de ses appels téléphoniques avec D_____ pendant la période du 6 janvier 2016 au 29 mars 2019 ainsi que les notes prises lors desdits appels.

Il considère qu'en l'absence de contrat de conseil en placement et de mandat spécial au sens des Directives ASB concernant le mandat de gestion de fortune, D_____ avait l'obligation d'obtenir des instructions de sa part avant de passer les ordres en bourse que celui-ci prétendait avoir effectués sur ses instructions. Il n'avait pas reçu la brochure sur les "*Risques particuliers dans le domaine des titres*"; les conditions spécifiques concernant les opérations sur devises et métaux et les contrats à terme et options, qu'il avait reçues, ne suffisaient pas à concrétiser l'obligation d'informer du banquier, lequel aurait dû s'assurer qu'il comprenait le mécanisme des options sur devises, soit des titres présentant un fonctionnement complexe et un risque accru de

pertes, ce qu'il n'avait pas fait. Il n'était pas versé dans les questions financières, et encore moins dans les transactions d'options sur devises; il ne parlait pas l'anglais et ne pouvait dès lors pas comprendre le questionnaire MIFID que D_____ lui avait transmis par email sans explication le 20 décembre 2017. Si la Banque avait évalué la situation du client, elle aurait conclu qu'il ne pouvait être considéré comme un client professionnel, ne possédant pas les connaissances financières suffisantes et sa situation patrimoniale n'étant pas en adéquation avec les placements spéculatifs sur le Forex.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public relève que les faits dénoncés s'inscrivaient dans un contexte de nature purement civile. En tout état, les éléments constitutifs d'une infraction pénale, en particulier d'abus de confiance (art. 138 CP) et/ou de gestion déloyale (art. 158 CP), n'apparaissent pas réunis. En effet, il ne ressortait pas de la procédure que la Banque ou D_____ auraient violé leur devoir de gestion en effectuant par exemple des investissements qu'ils n'étaient pas en droit d'exécuter. Si des investissements avaient fini par générer des pertes, d'autres investissements avaient au préalable généré des gains, étant précisé que A_____ devait être pleinement conscient des risques liés aux investissements, en particulier s'agissant du Forex, et qu'il recevait tous les documents en lien avec les investissements effectués.

Il a rejeté les réquisitions de preuve considérant que, les faits étant suffisamment établis, les actes d'enquête sollicités ne seraient pas susceptibles d'apporter des éléments, inédits et probants, qui permettraient de modifier sa conviction.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public une constatation incomplète des faits. Il rappelle qu'il reproche à la Banque et à son organe, d'avoir, entre le 6 janvier 2016 et le 29 mars 2019, procédé, en l'absence de mandat et d'instructions expresses, à 1'788 opérations d'investissement non autorisées sur le Forex, à partir d'un capital initial de EUR 50'000.- déposé à cet effet sur un sous-compte 2_____, pour une somme cumulée de mouvements de plus de EUR 337'000.- dans neuf monnaies différentes, ayant entrainé une perte de plus EUR 352'000.-, supérieure à 60% de la valeur nette de son patrimoine.

Il reproche au Ministère public de s'être satisfait des déclarations de D_____ et de ne pas avoir ordonné la production des notes, documents ou relevés prouvant l'existence des prétendues instructions téléphoniques ainsi que le journal des connexions à son accès e-banking.

En l'absence de mandat de gestion ou de placement, ce qui n'était pas contesté, D_____ avait l'obligation, sur la base d'une relation "*execution only*" d'obtenir des instructions du client avant de passer les 1'788 ordres en bourse qu'il prétend avoir effectués à sa demande. Le Procureur devait requérir le relevé des appels. D_____

n'avait remis aucune documentation bancaire notamment relative à son profil de risque et d'investissement, autorisations de découvert et instructions, que le recourant avait forcément signés lors de l'ouverture du sous-compte, sa situation patrimoniale et de ses connaissances financières. Il n'avait pas non plus remis de copies des messages qu'il aurait reçus avec les prétendues instructions, pas plus que ses notes de contact qu'il établissait, ou son assistante, résumant lesdites instructions.

b. Le Ministère public observe qu'il n'existe aucun élément permettant de penser que le prévenu aurait utilisé contrairement aux instructions transmises par A_____, les valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, qu'il se serait enrichi à son détriment ni que D_____ aurait porté atteinte aux intérêts pécuniaires de la partie plaignante en violation d'un quelconque devoir de gestion.

A_____ avait signé un mandat de gestion discrétionnaire et disposait d'un accès e-banking lui permettant d'aller voir les résultats en tout-temps. Il admettait avoir échangé des SMS avec D_____ et avait signé l'état du portefeuille au 3 novembre 2017 faisant mention de pertes qui s'élevaient à EUR 52'167; il était donc dûment avisé des pertes.

c. Le recourant réplique et produit des pièces nouvelles.

EN DROIT :

1. **1.1.** Le recours est recevable pour avoir été interjeté selon la forme et dans le délai prescrits (art. 90 al. 2, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), à l'encontre d'une ordonnance de non-entrée en matière sujette à contestation auprès de la Chambre de céans (art. 310 al. 2 *cum* art. 322 al. 2 CPP; art. 393 al. 1 let. a CPP), émané du plaignant (art. 104 al. 1 let. b CPP), partie à la procédure qui dispose d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de cette décision (art. 382 al. 1 CPP),

1.2. Il en va de même des pièces nouvelles produites par le recourant (arrêts du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.1 et 3.2 ainsi que 1B_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1).

2. Le recourant soutient qu'il existe une prévention suffisante d'infraction à l'art. 138 ou 158 CP contre l'organe de la banque, subsidiairement contre cette dernière.

2.1.1. Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière lorsqu'il ressort de la plainte que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réalisés. Cette condition s'interprète à la lumière de la maxime "*in dubio pro duriore*", selon laquelle une non-entrée en matière ne peut généralement être prononcée que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. Le ministère public et l'autorité de recours disposent,

dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1047/2019 du 15 janvier 2020 consid. 3.1).

2.1.2. Commet un abus de confiance (art. 138 CP), celui qui, sans droit, aura, intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime, employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées.

L'infraction suppose que l'auteur ait acquis la possibilité de disposer de telles valeurs, mais que, conformément à un accord, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé, en d'autres termes, qu'il les ait reçues à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de les conserver, de les gérer ou de les remettre. Le comportement délictueux consiste à utiliser ces valeurs contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.4 et les références citées).

2.1.3. L'art. 158 CP (gestion déloyale) punit le gérant d'affaires qui, en agissant avec (ch. 1 al. 1) ou sans mandat (ch. 1 al. 2), viole les devoirs auxquels il est tenu et, ce faisant, porte atteinte aux intérêts pécuniaires du tiers pour le compte duquel il intervient. L'auteur encourt une peine plus élevée s'il a agi dans un dessein d'enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

Le gérant est punissable s'il transgresse les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gestion (arrêt du Tribunal fédéral 6B_787/2016 du 2 mai 2017 consid. 2.3.1). Constitue notamment une telle violation le fait de prendre des risques financiers accrus comparativement à ceux qu'encourrait un gérant avisé dans les mêmes circonstances, respectivement le fait de déployer une activité de négoce excessive en réinvestissant les actifs confiés à une fréquence disproportionnée (barattage ou "*churning*"; ATF 142 IV 346 consid. 3.2 et 3.3).

Le devoir d'information d'une banque à l'égard de son client est plus ou moins étendu selon le type de contrat qui les lie – gestion de fortune, conseil en placement ou simple compte/dépôt bancaire (*execution only*) – (arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.1).

2.2. En l'espèce, c'est de manière beaucoup trop hâtive que le Ministère public a considéré que les faits étaient clairement établis. Faute de documentation bancaire concernant la période litigieuse, soit celle où le sous-compte a dépassé le seuil négatif de CHF 50'000.-, on ignore ce dont le recourant a eu connaissance, ce d'autant plus qu'il n'avait plus accès à l'e-banking. Il convient également d'éclaircir les circonstances dans lesquelles les ordres ont été passés, les parties n'ayant pas la même version des faits. Contrairement à ce que retient le Procureur, aucun mandat de gestion discrétionnaire n'a été signé pour ces opérations sur le Forex, de sorte que des instructions spécifiques doivent, le cas échéant, se trouver dans la documentation

bancaire. Le profil du client doit également s'y trouver; ces éléments permettront d'apprécier l'obligation d'information de la Banque compte tenu de la longue relation entretenue avec le recourant.

Il apparaît enfin qu'une confrontation entre les protagonistes est indispensable.

3. En conclusion, le recours se révèle fondé et doit être admis.

La décision de non-entrée en matière déférée sera donc annulée et la cause renvoyée au Procureur pour qu'il instruise les faits dénoncés dans la plainte.

4. **4.1.** L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP). Les sûretés versées par le recourant lui seront donc restituées.

4.2. Le recourant, partie plaignante représentée par un conseil, a sollicité une indemnité à hauteur de CHF 3'150.- pour ses frais de défense occasionnés par la procédure de recours (art. 433 al. 1 let. a CPP cum art. 436 al. I CPP) correspondant à sept heures d'activité, à un tarif horaire net de CHF 450.-. Cette indemnité lui sera accordée, hors TVA vu son domicile à l'étranger.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule, en conséquence, la décision de non-entrée en matière déférée et renvoie la cause au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Restitue à A_____ les sûretés versées en CHF 1'000.-.

Lui alloue, à la charge de l'Etat, une indemnité de CHF 3'150.- pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, ainsi qu'au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente ; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges ; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Julien CASEYS	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).