

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 23 juillet 2013

Présidence de Mme ROULEAU
Juges : MM. Battistolo et Colelough
Greffière : Mme Cattin

Parties à la présente cause :

F._____, prévenu, représenté par Me Stefan Disch, avocat de choix à Lausanne, appelant,

C._____, prévenu, représenté par Me Stefan Disch, avocat de choix à Lausanne, appelant,

et

Ministère public, représenté par le Procureur du Ministère public central, division entraide, criminalité économique et informatique, intimé,

A.M._____ **et B.M.**_____, plaignants, représentés par Me Olivier Righetti, avocat de choix à Lausanne, intimés,

W._____, plaignant, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 août 2012, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné F._____ pour gestion déloyale à treize mois et dix jours de privation de liberté, peine complémentaire à celle infligée le 26 juillet 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne, avec sursis pendant quatre ans, ainsi qu'au paiement des frais par 7'437 fr. 50 (I), a renoncé à révoquer le sursis octroyé à F._____ le 26 juillet 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne (II), a condamné C._____ pour gestion déloyale à douze mois et dix-sept jours de privation de liberté, peine complémentaire à celles infligées le 15 août 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne et le 8 décembre 2011 par le Tribunal de police de l'Est vaudois, avec sursis pendant quatre ans, ainsi qu'au paiement des frais par 7'437 fr. 50 (III), a pris acte pour valoir jugements civils définitifs et exécutoires, des conventions passées au procès-verbal de l'audience du 27 août 2012 entre M._____SA, C._____ et F._____, d'une part, et W._____ d'autre part, et entre M._____SA, C._____ et F._____, d'une part, et R._____ d'autre part (IV), et a ordonné le maintien au dossier au titre de pièces à conviction des objets séquestrés sous fiches n° 2265 et n° 2395 (V).

B. Le 7 septembre 2012, F._____ et C._____ ont annoncé faire appel de ce jugement. Par déclaration d'appel motivée du 10 octobre 2012, ils ont conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'il sont libérés du chef d'accusation de gestion déloyale, que les frais sont laissées à la charge de l'Etat et qu'une indemnité au sens de l'art. 429 CPP d'un montant de 31'594 fr. 70 leur est allouée, solidairement entre eux, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité d'instruction ou de première instance pour la mise en œuvre d'une expertise et de toute autre mesure d'instruction utile dans le sens des considérants, plus subsidiairement à son annulation

et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

Par courrier du 5 novembre 2012, le Ministère public central, division entraide, criminalité économique et informatique, s'en est remis à justice s'agissant de la recevabilité de l'appel et a renoncé à déposer un appel joint.

Par acte du 11 décembre 2012, A.M._____ et B.M._____ ont déposé un appel joint, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à la réforme du jugement en ce sens que C._____ et F._____ sont tous deux condamnés pour gestion déloyale et escroquerie, subsidiairement à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance, plus subsidiairement à l'autorité d'instruction, pour nouveau jugement.

Par courrier du 3 janvier 2013, le Ministère public a indiqué qu'il ne présentait pas de demande de non-entrée en matière sur l'appel joint.

Par acte du 8 janvier 2013, F._____ et C._____ ont déposé une demande de non-entrée en matière sur l'appel joint.

Par acte du 7 février 2013, A.M._____ et B.M._____ se sont déterminés sur la demande de non-entrée en matière des appelants principaux. Ils ont déclaré réduire la portée de l'appel joint en ce sens qu'ils renonçaient à demander la condamnation de F._____ et de C._____ pour escroquerie.

Par déterminations du 12 février 2013, le Procureur a rappelé que l'infraction d'escroquerie avait fait l'objet d'un classement en faveur de F._____ et C._____ qui n'avait pas été contesté.

Par décision du 14 février 2013, la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal a refusé d'entrer en matière sur l'appel joint de A.M._____ et B.M._____.

Le 3 mai 2013, la Présidente de la Cour de céans a rejeté les réquisitions de preuves contenues dans la déclaration d'appel de F._____ et C._____.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.1 F._____ est né le 6 juillet 1972 à Valparaiso au Chili, d'où il est ressortissant. Il est célibataire et sans enfant. Il n'est au bénéfice d'aucun diplôme professionnel. Il travaille dans la finance et a été formé « *sur le tas* » en suivant notamment des séminaires de gestion de fortune. Il est actuellement employé en qualité de courtier auprès de Z._____SA et réalise un salaire mensuel d'environ 7'000 francs.

Le casier judiciaire suisse de F._____ comporte l'inscription suivante :

- 26 juillet 2006, Juge d'instruction de Lausanne, conducteur se trouvant dans l'incapacité de conduire, emprisonnement 20 jours, sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 4 ans, amende 2'000 francs.

1.2 C._____ est né le 4 juillet 1974 à Genève. Il n'a pas de lien de parenté avec son co-prévenu homonyme. Il est marié mais en instance de divorce. Il est père d'une fille de sept ans. Après des études avortées de pharmacie, il a suivi une formation de gestionnaire de fortune entre 2001 et 2003 et a obtenu un brevet fédéral. Il travaille actuellement pour Z._____SA et réalise un salaire mensuel de 8'321 francs.

Le casier judiciaire de C._____ comporte les inscriptions suivantes :

- 13 mars 2003, Tribunal de police de Genève, délit contre la LF sur la protection civile, arrêts 1 jour ;

- 15 août 2006, Juge d'instruction de Lausanne, violation grave des règles de la circulation routière, emprisonnement 3 jours, sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 ans, amende 900 fr.; sursis révoqué le 8 décembre 2011 par le Tribunal de police de l'Est vaudois ;

- 8 décembre 2011, Tribunal de police de l'Est vaudois, violation grave des règles de la circulation routière, travail d'intérêt général 160 heures, amende 1'000 francs.

2.

2.1 Au début des années 2000, F._____ et C._____ ont fondé la société M._____SA, à Lausanne, dont le but statutaire était la « *fourniture de tout service dans le domaine de la gestion de fortune, notamment dans le domaine des devises et des valeurs mobilières; courtage de biens de toute nature, mobilier et immobilier, ainsi que de produits d'assurances* ». Ils en étaient les actionnaires principaux. C._____ était en outre administrateur et F._____ directeur. Cette société a par la suite été rachetée par Z._____SA, dont les deux prévenus sont salariés.

M._____SA était divisée en quatre départements, à savoir la vente, l'informatique, la gestion et le back office. Le département de la gestion était composé de C._____ et d'F._____. C'est ce département qui choisissait et imposait aux vendeurs les titres à traiter. F._____ était également directeur des ventes. Il coachait les courtiers.

Concrètement, l'activité de la société consistait en trading sur produits dérivés et donc à risque, sur la base de stratégies établies par

C._____. Les clients ne l'ignoraient pas, c'était ce qu'ils souhaitaient. Ils signaient des contrats de gestion, prévoyant un système de commissionnement complexe dont les implications concrètes n'étaient pas compréhensibles pour un non spécialiste (cf. par exemple P. 5/3). Il y avait des commissions à l'ouverture du compte, puis sur les plus-values et sur chaque transaction, achat ou vente.

Les contrats-types établis par M._____.SA prévoyaient notamment ce qui suit :

" - art. 1.1 : « (...) Pour toutes les transactions qu'elle effectue pour le client, M._____Consulting agit au nom, pour le compte et aux seuls risques du client ».

- art. 1.3 : « Le client reçoit une confirmation d'exécution écrite par courrier. Si le client constate une différence entre ses consignes de gestion et les conditions confirmées par écrit, il en informe M._____Consulting par écrit dans un délai de cinq jours ouvrables. Faute de communication écrite dans ce délai, la confirmation d'exécution est considéré comme acceptée ».

- art. 3 : « Risque. Le client confirme avoir reçu lors de la signature de la présente convention, les documents suivants qui le renseignent sur la nature des opérations effectuées et le risque qu'elles comportent : - Les Annexes 1, 2, et 3 de la Convention de M._____Consulting.

Le client a pris connaissance et a compris le contenu de ces documents et, le cas échéant, s'engage à réclamer à M._____Consulting toute information nécessaire à leur compréhension. M._____Consulting tient à la disposition du client le personnel qualifié nécessaire pour répondre à toute demande d'information de la part du client »".

Ils contenaient toute une série de dispositions relatives aux commissions prélevées, savoir une commission sous forme d'agio, une commission par trade selon les différentes opérations réalisées et une commission sur l'éventuelle plus-value réalisée. Au ch. 2.6, il est précisé :

« Cette commission diminue le potentiel de gain du client et augmente en conséquence son risque de perte (Voir annexe 2) ».

A la fin du contrat et juste au-dessus de la signature du client, on peut lire ce qui suit : « Par sa signature, le client confirme en particulier qu'il est conscient des risques liés aux opérations sur options tels que décrits notamment à l'article 2 ».

Les annexes 2 et 3 du contrat contiennent quant à elles des exemples de stratégies et de commissions. On peut notamment y lire les passages suivants :

- “« (...) L'annexe présente des exemples de risques liés aux transactions sur achat de calls, mais ne prétend pas couvrir tous les risques existants (...) ».
- « (...) Vous devez tenir compte que la commission et le ticket fee réduisent votre potentiel de profit et augmentent votre risque de perte (...) ».
- « (...) A noter que malgré la hausse de 10 % dans le cours du titre en trois mois, vous réalisez une perte totale de votre capital. Ceci est dû au fait que le temps à disposition entre la date d'achat et la date d'échéance (valeur temps = 3 mois) est échu. Ainsi, une option perd une partie de sa valeur chaque jour (effritement de la valeur temps), toutes autres choses restant égales (...) ».
- « le client confirme avoir lu et compris cet annexe et avoir eu l'occasion de poser toutes questions relatives à cet égard à M. _____ Consulting » ”.

Parallèlement, les clients concluaient des contrats avec les dépositaires des fonds et les brokers, que leur soumettaient aussi les vendeurs de M. _____ SA. Ces contrats étaient denses, écrits en caractères minuscules, en anglais et d'une clarté douteuse (cf. par exemple P. 5/3 précitée). En tout temps, les clients pouvaient consulter l'état de leur compte sur Internet. Ils recevaient également des décomptes par courrier sous forme de colonnes de chiffres difficilement

compréhensibles pour des non initiés et n'indiquant en général pas le montant des commissions.

Au début de chaque année C._____ et F._____ choisissaient une dizaine de titres qu'ils jugeaient intéressants en fonction de leur volatilité. Les prévenus décidaient ensemble des taux applicables pour chaque commission et les introduisaient dans le contrat-type donné à chaque client.

Vu la volatilité du marché, les prévenus ont adopté des stratégies mensuelles, c'est-à-dire impliquant des transactions fréquentes. En conséquence, ils ont prélevé des commissions totales d'une importance telle qu'elles amputaient considérablement le capital des clients, les gains ne suffisant pas à compenser les ponctions.

2.2 Il ressort du dossier que M._____ SA a notamment encaissé des commissions de :

- 43'737.17 dollars américains sur un capital investi par G._____ de 100'000 dollars américains, pour vingt mois d'activité entre le 19 janvier 2006 et le 19 septembre 2007, ce qui représente un pourcentage annuel de 26,24 %.

G._____ a déposé plainte le 11 février 2008 et l'a retirée le 13 janvier 2009 après avoir été entièrement désintéressée.

- 10'370.66 dollars américains sur un capital investi par D._____ de 57'424.67 dollars américains, pour quatorze mois d'activité entre _____ le 14 décembre 2006 et le 13 mars 2008, ce qui représente un pourcentage annuel de 15,47 %.

D._____ a déposé plainte le 7 avril 2008 et l'a retirée le 4 juin 2009 suite à une transaction.

- 29'065.33 dollars américains sur un capital investi par Q._____ de 362'553.92 dollars américains, pour cinq mois d'activité entre le 25 mai et le 13 novembre 2007, ce qui représente un pourcentage annuel de 5,01 %.

Q._____ a déposé plainte le 3 juillet 2008 et l'a retirée le 1^{er} décembre 2008 après avoir trouvé un accord à satisfaction des deux parties.

- 130'669.86 dollars américains sur un capital investi par A.M._____ et B.M._____ de 500'000 dollars américains, pour sept mois d'activité entre le 18 septembre 2007 et le 21 avril 2008, ce qui représente un pourcentage annuel de 26,13 %.

A.M._____ et B.M._____ ont déposé plainte le 22 janvier 2010.

- 93'114 dollars américains sur un capital investi par W._____ de 545'609 dollars américains, pour dix mois d'activité entre le 29 novembre 2007 et le 25 septembre 2008, ce qui représente un pourcentage annuel de 17,06 %.

W._____ a déposé plainte le 9 mars 2010. Il a conclu une transaction aux débats de première instance sans retirer sa plainte.

- 57'297 dollars américains sur un capital investi par R._____ de 87'344.26 dollars américains, pour six ans et sept mois d'activité entre le 26 novembre 2002 et le 29 juin 2009, ce qui représente un pourcentage annuel de 9,96 %.

R._____ a déposé plainte le 22 mars 2010. Elle a signé un accord avec les prévenus aux débats de première instance, et retiré sa plainte.

Il faut préciser que durant ces périodes les capitaux des investisseurs ont tous fondu comme neige au soleil, la conjoncture n'ayant pas permis de faire fructifier ces avoirs. Les prévenus se sont rendus compte que leur système de commissionnement posait problème dans de telles circonstances, mais n'y ont rien changé, ni à leur stratégie.

En droit :

1. Selon l'art. 399 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la communication du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit (al. 1). La déclaration d'appel doit être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (al. 3).

Interjeté dans les forme et délai légaux par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement du tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de F._____ et C._____ est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Aux termes de l'art. 350 al. 2 CPP, le tribunal prend en compte les preuves administrées durant la procédure préliminaire et lors des débats. Cette disposition rappelle que le juge doit établir les faits énoncés dans l'acte d'accusation en appréciant librement à la fois les preuves recueillies durant la procédure préliminaire et les preuves administrées lors des débats, dans le cadre décrit à l'art. 343 CPP, par renvoi de l'art. 405 CPP.

Il ressort de cette disposition que des preuves ne peuvent être recueillies lors des plaidoiries, la procédure probatoire étant close. Dès lors, les pièces produites par le Ministère public avec son réquisitoire ne sont pas recevables.

3. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

4. Les appelants se prévalent en premier lieu d'une constatation incomplète ou erronée des faits par les premiers juges sur plusieurs points.

4.1 Il y a constatation incomplète des faits au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

4.2 Les appelants souhaitent que la Cour retienne un certain nombre de faits qui ne l'auraient pas été par les premiers juges.

En l'espèce, les faits décrits sous chiffres III. 1 et 2 de la déclaration d'appel ressortent déjà du jugement (jgt., pp. 28, 29 et 31). Il en va de même du chiffre III. 3, le jugement reprenant sur ce point l'acte d'accusation du 2 février 2012 (jgt., p. 32). Il importe peu de savoir si ces stratégies détaillaient le système de commissionnement dans la mesure où ce dernier ressortait de toute façon des contrats signés par les clients. Le contenu des contrats et annexes, cité sous chiffre III. 4, a été retranscrit pour la bonne compréhension du cas d'espèce. Du chiffre III. 5, il est retenu que les clients signaient aussi, parallèlement, des contrats avec les dépositaires des fonds et brokers, qui, toutefois, leur étaient soumis par

les prévenus ou leurs vendeurs et étaient eux-mêmes d'une clarté toute relative. Il ressort déjà du jugement qu'ils n'ignoraient pas et souhaitaient même que les prévenus pratiquent une gestion spéculative (jgt., pp. 31 et 43). De même, en ce qui concerne les chiffres III. 6 et 7, les premiers juges n'ont pas contesté que les clients recevaient certains décomptes par courrier ou pouvaient consulter l'état de leurs avoirs sur Internet, ils ont simplement estimé que ce n'était pas une excuse (jgt., p. 44). L'état de fait a été complété dans la mesure nécessaire de ce qui précède.

4.3 Les appelants soutiennent que les vendeurs qu'ils employaient expliquaient clairement aux clients le système de commissionnement.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que les clients n'étaient pas rendus particulièrement attentifs au système de commissionnement (jgt., pp. 32 et 42-43) et que, quoi qu'il en soit, ils n'y comprenaient rien (jgt., p. 42-43). En effet, l'énumération dans le contrat de gestion des différents types de commissions qui peuvent être prélevées ne permet pas de se faire une idée globale du résultat, en particulier de comprendre que le total sera élevé si les opérations se multiplient - ce que les clients ignoraient aussi au départ - et pris sur le capital en cas de pertes. De même, les exemples d'opérations cités dans les annexes au contrat de gestion ne détaillent pas toujours la commission due, et là encore, c'est d'une telle complexité qu'il faut être versé dans la finance pour en comprendre les implications et ce ne sont pas des explications orales ni des avertissements généraux du genre « *attention les commissions peuvent réduire les chances de gains* » qui pourraient y changer quelque chose. D'ailleurs, le témoin J._____, pourtant courtière en assurance et qui estimait que le contrat était clair et les commissions raisonnables, n'a pas pu « *imaginer (...) qu'il puisse y avoir des commissions correspondant à environ 20 % ou 30 % du capital investi* » (PV aud. 11, pp. 2-3). Le prévenu F._____ admet que l'on « *ne connaît pas à terme le montant précis des commissions dans la mesure où cela dépend des stratégies acceptées ou non par le client* » et que les vendeurs ne font « *jamais mention de pourcentage de perte maximale annuelle* » (PV aud. 12 p. 6).

Enfin, le témoin S._____, administrateur de Z._____SA, indique qu'il est impossible de déterminer d'avance le pourcentage annuel final des commissions et qu'il dispose d'alarmes pour le cas où les commissions devenaient déraisonnables par rapport au capital investi (PV aud. 14 p. 3).

Infondé, ce moyen doit être rejeté.

4.4 Les appelants reprochent ensuite aux premiers juges d'avoir retenu que leurs clients n'auraient rien compris à leur système de commissionnement. Ils font valoir que les contrats en français étaient aussi clairs que possible vu la complexité de la matière, que les clients étaient rendus attentifs aux risques, qu'ils recevaient un décompte après chaque opération et qu'ils avaient pu, au moment de déposer plainte, reconstituer sans difficulté le montant des commissions prélevées. Ils estiment qu'ils n'auraient rien pu faire de plus pour attirer l'attention de leurs clients.

On l'a vu, les contrats n'étaient pas clairs. Le témoin X._____, entendu aux débats de première instance, vendeur auprès de M._____SA, a déclaré que les commissions étaient « *un élément important que le client doit comprendre. Je prenais rendez-vous avec le client pour la signature du contrat et je lui expliquais le tout à ce moment-là* » (jgt., p. 16). Quant au témoin B._____, il a expliqué que les vendeurs informaient les clients au sujet des commissions en présentant un exemple de calcul pour une opération donnée (PV aud. 15 p. 3). Cela ne permet cependant pas de se faire une idée globale, comme il l'a déjà été dit ci-dessus (cf. supra c. 4.2.2). Les décomptes reçus par courrier ne détaillaient de loin pas toutes les commissions prélevées et n'étaient pas plus clairs que les contrats (cf. par exemple P. 5/7 et 22/2). Le fait de pouvoir reconstituer a posteriori le total des commissions n'est pas déterminant. De toute façon, les différentes additions effectuées ne donnent pas des résultats identiques et les prévenus sont incapables d'expliquer ces divergences (cf. PV aud. 12 et 13). Enfin, avant l'addition finale, chaque commission, prise isolément et diluée dans la masse d'informations, peut paraître raisonnable.

Le Cour de céans retient avec les premiers juges que les lésés de la présente affaire n'avaient rien compris au système de commissionnement. Ce grief doit par conséquent être rejeté.

4.5 Les appelants soutiennent que les clients n'ont pas été trompés ni induits en erreur, qu'ils leur avaient confié leur argent par appât du gain et qu'il n'était pas acceptable qu'ils puissent obtenir le remboursement de leurs pertes en prétendant n'avoir rien compris.

Tout d'abord, les appelants mélangent les risques liés à la spéculation et le problème des commissions excessives en cas de mauvais résultats. Il ne leur est pas reproché d'avoir perdu l'argent de leurs clients dans des opérations de trading risquées, mais d'avoir, en sus, prélevé des commissions tellement élevées qu'elles correspondaient à un pourcentage à deux chiffres du capital de départ, alors que celui-ci n'avait jamais fructifié. Il est établi que les lésés n'ont rien compris au système de commissionnement. Du reste, personne ne reproche une tromperie aux prévenus, qui n'est au surplus pas un élément constitutif de la gestion déloyale. Enfin, il sera rappelé que les appelants se sont spontanément engagés à rembourser la plupart des lésés.

Ce moyen doit également être rejeté.

4.6 Les appelants reprochent au Tribunal correctionnel d'avoir tiré d'un e-mail d'un dépositaire, qui se plaignait de commissions « *not acceptable* », la conclusion que cela mettait « *à néant l'argument (...) selon lequel aucune loi ne présenterait de limites à ne pas franchir en matière de commissionnement* ».

Contrairement à ce que prétendent les appelants, le jugement entrepris ne retient pas qu'il y aurait une loi fixant un tel maximum. Ce que dit en réalité la phrase incriminée (cf. jgt., p. 43), c'est que les prévenus, confrontés à cet e-mail, ont admis le bien-fondé du reproche.

On peut en déduire, avec les premiers juges, que l'absence de règles légales fixant un taux maximum de commissionnement n'autorise pas n'importe quoi et que l'art. 158 CP, par exemple, constitue un garde-fou.

Partant, ce grief doit être rejeté.

4.7 Les appelants reprochent au tribunal de première instance d'avoir mentionné l'exclusion de M. _____ SA de [...] (ci-après: [...]) et d'avoir pris en compte cet élément dans sa décision. Selon eux, ce fait ne serait en rien déterminant pour le sort de la cause pénale.

En l'occurrence, le fait que M. _____ SA a été exclue par la [...] n'est pas contesté. On ne voit dès lors pas ce qui empêchait les premiers juges de le retenir. Ceux-ci ont d'ailleurs indiqué qu'il n'était pas déterminant. Les appelants ne démontrent pas en quoi ce fait aurait influencé les juges.

Ce moyen est par conséquent mal fondé.

4.8 Les appelants font encore grief au Tribunal correctionnel d'avoir retenu que l'ancienne [...] (ci-après: [...]) aurait fixé à 7,99 % le taux admissible de commissionnement. Ce seuil serait seulement un critère parmi d'autres pour déterminer s'il y avait barattage (multiplication des opérations pour augmenter les commissions) dans un cas bien précis. Les appelants affirment qu'il serait établi qu'ils ne s'étaient pas livrés au barattage. De plus, ce taux se calculerait sur la base des avoirs gérés moyens et non sur le capital de départ.

La Cour de céans constate que le Tribunal correctionnel a été prudent lorsqu'il a évoqué le taux fixé par la [...]. Il a utilisé les termes « à titre indicatif » ainsi que « cela n'est guère documenté » (jgt., p. 48). Contrairement à ce que soutiennent les appelants, le taux précité constitue le seuil au-delà duquel le gestionnaire se livre au « barattage ou adopte un comportement qui en présente les mêmes conséquences » (jgt.,

p. 48). Les premiers juges ont relevé que ce taux était dépassé dans cinq cas sur six, après avoir rappelé que durant la période considérée les avoirs investis n'avaient fait que diminuer, de sorte que le calcul effectué était à l'avantage des prévenus (jgt., pp. 43 et 48). Quoiqu'il en soit, ce n'est pas ce qui a amené le Tribunal correctionnel à retenir une gestion déloyale.

Ce grief doit dès lors être rejeté.

5. Les appelants contestent toute violation d'un devoir de gestion, concluant à leur acquittement.

5.1 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). La gestion déloyale est qualifiée d'aggravée lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

Sur le plan objectif, l'infraction de gestion déloyale suppose la réalisation de trois éléments: il faut que l'auteur ait eu un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation qui lui revient en cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage; sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement. Le dol éventuel suffit, mais il doit être caractérisé vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction (ATF 123 IV 23; Corboz, Les infractions en droit suisse, volume I, 3^e éd., Berne 2010, n. 13 ad art. 158 CP, p. 430). Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis mais constitue une circonstance aggravante.

Seul peut avoir une position de gérant celui qui dispose d'une indépendance suffisante et qui jouit d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qui lui sont remis (ATF 129 IV 124 c. 3.1; 123 IV 17 c. 3b; 120 IV 190 c. 2b). Pour qu'il y ait gestion déloyale, il ne suffit pas que l'auteur

ait violé une quelconque obligation de nature pécuniaire à l'endroit de la personne dont il gère tout ou partie du patrimoine; il faut que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée (ATF 120 IV 190 précité c. 2b).

Lorsqu'un investisseur confie des biens à un gérant de fortune, les parties sont liées, comme le relèvent les appelants, par un contrat de mandat. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral rappelle les obligations du mandataire, dont la responsabilité s'examine au regard de l'art. 398 al. 2 CO (cf. TF 4C.149/1998 du 28 juillet 1998, P. 5/11 pp. 7-9). Le mandataire doit en particulier s'abstenir d'effectuer des mouvements dans le portefeuille du client qui ne se justifient nullement au vu des intérêts de celui-ci, mais qui ont pour unique but de fonder des commissions. Dans le cas particulier, le Tribunal fédéral observe que « (...) même si, à l'origine, la finalité n'était pas d'opérer de nombreuses opérations pour bénéficiaire délibérément de rétrocessions de la part de la banque, la conduite du dossier a eu cet effet que le gestionnaire, en raison de ses aptitudes professionnelles de spécialiste et en considération de la situation personnelle de son client, avait l'obligation d'interrompre pour ne pas créer, ou aggraver le préjudice subi par l'investisseur. Même si ce dernier était un chef d'entreprise retraité, il ne disposait pas forcément des connaissances voulues pour apprécier à quel point le but recherché d'un rendement maximum impliquait de nombreuses opérations. (...) Le gestionnaire aurait dû "se rendre compte de l'impact désastreux du nombre d'opérations et de leurs coûts sur la masse à gérer", selon le rapport d'expertise, que la Cour de justice était fondée à suivre pour admettre (...) l'existence d'un barattage contraire au devoir de fidélité du mandataire ».

5.2 Les appelants soutiennent que le jugement n'indique pas clairement quel comportement ils auraient dû adopter et de quelle manière ils l'auraient violé. Ils affirment avoir respecté le système de commissionnement prévu par les contrats. Pour eux, le fait que les commissions convenues et prélevées soient excessives ne relève pas du droit pénal. Ils contestent s'être délibérément adonnés au barattage.

5.2.1 En l'espèce, il n'est pas reproché aux prévenus d'avoir prélevé des commissions supérieures à celles prévues contractuellement. La question litigieuse, posée dans le jugement attaqué, est de savoir si les prévenus ont enfreint la loi en n'adaptant pas leur mode de commissionnement à l'évolution, notoirement défavorable dès 2007, voire un peu avant, du cours de la bourse (jgt., p. 41). Les premiers juges ont répété que le système de commissionnement était inadapté, ce qui aboutissait à un résultat non rentable pour les clients (jgt., pp. 43-44). Le comportement reproché est bien décrit « *il appartenait aux prévenus (...) d'oeuvrer à une saine gestion du patrimoine des clients, ce qui suppose aussi qu'ils devaient veiller à ce que leur mode de commissionnement n'atteigne pas des montants à ce point élevés que le client ne peut plus espérer faire fructifier le patrimoine* »; « *en ne veillant pas à préserver les patrimoines qui leur étaient confiés du risque de l'augmentation significative du montant de commissions générées par des stratégies de courte durée, les prévenus ont manqué à leur obligation de veiller aux intérêts de leurs clients* » (jgt., pp. 47-48).

5.2.2 Les appelants ne contestent à juste titre pas leur position de gérant, au regard des contrats signés avec les clients, qui leur confiaient de l'argent pour qu'ils le fassent fructifier (P. 5/3, clause 1.1).

En ce qui concerne la violation du devoir de gestion, il faut se demander si les prévenus ont multiplié les opérations sans justification. En l'espèce, l'on se trouve exactement dans la situation de l'arrêt du Tribunal fédéral précité. Les prévenus n'ont pas, dès le début et délibérément, pratiqué le barattage. Toutefois, à la longue, vu le résultat désastreux de leur gestion, ils auraient dû se rendre compte que leur stratégie de multiplier les opérations avait le même effet. A vrai dire, ils s'en sont rendus compte, mais n'ont rien changé à leur pratique alors qu'ils avaient envisagé de le faire en 2007 (jgt., p. 43).

Le dommage ne semble pas contesté, à l'exception d'un cas particulier qui sera traité ci-dessous (cf. infra c. 4.8). Il consiste en la

diminution du capital des lésés du montant des commissions relatives à des opérations injustifiées.

Quant à l'intention, elle réside dans le fait que les prévenus savaient que leurs stratégies impliquant de nombreuses opérations avaient pour effet secondaire indésirable l'augmentation des commissions. Ils ne sauraient prétendre le contraire puisqu'ils affirment que leurs clients avaient été clairement informés. Ils ont néanmoins poursuivi dans cette voie sans adapter leurs tarifs, dans une période où leur stratégie ne s'avérait pas ou plus gagnante. On veut bien croire que les prévenus espéraient faire fructifier les avoirs de leurs clients. Ils se sont néanmoins accommodés des pertes, en continuant, comme si de rien n'était, à se payer.

Enfin, la circonstance aggravante de l'art. 158 ch. 1 al. 3 CP est réalisée, dès lors que la stratégie des appelants leur a profité directement et à eux seuls.

5.3 Les appelants soutiennent qu'on ne pourrait leur reprocher une violation de leur devoir de gestion que si les contrats conclus avec les clients étaient intentionnellement incompréhensibles et lésionnaires pour un cocontractant ayant fait preuve d'un minimum de diligence pour essayer de les comprendre. En d'autres termes, les appelants exposent que si le système de commissionnement avait été clairement expliqué aux clients, il devient licite, parce que ceux-ci y ont consenti.

En l'occurrence, il est établi que les clients ne pouvaient pas imaginer au départ quel pourcentage de leur capital serait prélevé chaque année au titre des commissions, de sorte qu'on ne saurait considérer qu'il y a eu un consentement éclairé de leur part. Certes, il résulte du dossier que les lésés ont dans l'ensemble fait confiance aux prévenus et n'ont pas nécessairement lu les contrats in extenso. On ne peut néanmoins pas leur reprocher de faute, dans la mesure où même une lecture attentive des contrats ne donne pas une idée réaliste des commissions qui pouvaient être prélevées en cas de multiplication des opérations.

Mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

5.4 Les appelants soutiennent que le Tribunal correctionnel a mal interprété leurs explications. Les pertes des plaignants ne seraient pas dues à des seules commissions inadéquates mais à un ensemble de circonstances, telles que la volatilité du marché, les opérations multipliées et les résultats mauvais.

Ce qui est reproché aux appelants dans cette affaire, c'est de ne pas avoir adapté leur système de commissionnement aux circonstances qu'ils invoquent eux-mêmes (volatilité du marché, opérations multipliées et résultats mauvais) et non d'avoir perdu l'argent de leurs clients par leurs stratégies de gestion. Or, le prévenu C._____ a admis que le système de commissionnement de M._____SA n'était pas adéquat vu les conditions du marché qui ont changé dès 2007 et qu'ils avaient commis l'erreur de ne pas s'adapter (jgt., p. 24).

Ce grief est dès lors infondé.

5.5 Les appelants relèvent qu'en conjoncture favorable, leur système de commissionnement n'empêchait pas les clients de faire fructifier leurs avoirs. Ce système n'était donc pas critiquable en soi, puisqu'un système bon au départ ne pouvait pas devenir mauvais ensuite. Ils rappellent qu'ils espéraient des résultats positifs mais ne pouvaient être tenus responsables de la volatilité du marché. Ils soutiennent qu'ils ne pouvaient pas moduler au départ les commissions prises, sauf celles liées à une plus-value.

Contrairement à ce que soutiennent les appelants, rien n'empêchait de prévoir des commissions plus basses en cas de perte, comme il était prévu une hausse en cas de plus-value. On ne peut donc pas dire que le système était adapté à toutes les circonstances. C._____ l'a d'ailleurs confirmé (cf. supra c. 4.5). Il importe peu que le système ne

soit pas problématique en cas de gestion gagnante, puisque qu'il l'a été en période de crise financière.

Ce grief doit par conséquent être rejeté.

5.6 Les appelants, s'agissant du grief qui leur est fait de ne pas avoir adapté leur système à une conjoncture défavorable, font valoir que rien ne justifiait qu'ils travaillent gratuitement, le contrat de gestion étant un contrat de mandat et non d'entreprise, que seul un tiers des commissions leur était destiné, les deux autres tiers allant aux brokers et dépositaires, et que les stratégies étaient de moins en moins gagnantes en raison de la crise.

En l'occurrence, personne n'a suggéré que F._____ et C._____ travaillent gratuitement, seulement qu'ils réduisent leurs commissions. D'ailleurs, le témoin S._____ a estimé que les commissions annuelles devraient idéalement être de 5 à 7 % du capital investi (PV aud. 14 p. 3). Si les appelants voulaient dire que leur travail ne serait pas rentable pour eux s'ils gagnaient moins, alors peut-être devraient-ils y renoncer. Il est au contraire logique que la rémunération soit pour l'essentiel liée à une stratégie gagnante. Si la gestion n'est que perdante, il n'y a plus de raison de faire appel à un gérant, autrement dit que les clients paient des professionnels pour perdre leur argent à leur place.

Pour le reste, les allégations concernant le partage des commissions entre M._____SA et les brokers et dépositaires se heurtent aux explications fournies par les prévenus en cours d'enquête (PV aud. 13 p. 1 et PV aud. 16 p. 5).

Ce moyen doit également être rejeté.

5.7 Les appelants contestent en particulier toute gestion déloyale dans le cas des époux A.M._____ et B.M._____ qui ne serait pas discuté dans le jugement et qui ne figurerait pas dans le dispositif. Ils

soutiennent que les pertes de ces plaignants n'étaient que virtuelles au moment de leur départ de M. _____ SA.

La Cour de céans ne voit pas pourquoi cela devrait figurer dans le dispositif, qui n'énumère pas les cas dans lesquels la gestion déloyale est retenue. Le jugement retient bel et bien que les commissions perçues, soit 26 % dans le cas de A.M. _____ et B.M. _____, au détriment de ces clients étaient excessives (jgt., p. 47). Enfin, au terme de la gestion litigieuse, les avoirs que possédaient les plaignants valaient moins que le capital de départ. C'est tout ce qu'il importe de savoir et non s'il était possible qu'ils augmentent à l'avenir.

Ce moyen doit également être rejeté.

5.8 Sur le vu de ce qui précède, la condamnation de F. _____ et C. _____ pour gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP est donc bien fondée.

6. Les appelants ne contestent expressément ni le genre, ni la quotité de la peine, pas plus que le délai d'épreuve assortissant le sursis. Il y a cependant lieu de statuer d'office sur ces points, dès lors que les appelants ont conclu à leur acquittement.

6.1 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir

notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (TF 6B_85/2013 du 4 mars 2013 c. 3.1; ATF 134 IV 17 c. 2.1; ATF 129 IV 6 c. 6.1).

Pour fixer la peine, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a toutefois violation du droit fédéral lorsque le juge sort du cadre légal, se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (TF 6B_85/2013 précité c. 3.1, ATF 134 IV 17 c. 2.1; ATF 129 IV 6 c. 6.1 et les références citées).

6.2 En l'espèce, la culpabilité de F._____ et C._____ est importante. A charge, la Cour de céans fait intégralement siennes les considérations du Tribunal correctionnel. Les appelants savaient que leur stratégie de multiplication des opérations n'étaient pas payante et n'ont rien fait pour changer la situation, aveuglés par les juteuses commissions qu'ils empochaient au détriment de leurs clients.

A décharge, il sera pris en compte la collaboration des appelants à l'audience de première instance, les accords intervenus à cette occasion ainsi que les remboursements déjà effectués en faveur de certains lésés.

Compte tenu de tous ces éléments, la peine privative de liberté de treize mois et dix jours infligée à F._____, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 26 juillet 2006, est adéquate et doit

être confirmée. Il en va de même de la peine privative de liberté de douze mois et dix-sept jours infligée à C._____, peine partiellement complémentaire à celles prononcées les 15 août 2006 et 8 décembre 2011. L'octroi du sursis de quatre ans pour chacun des appelants doit également être confirmé dans la mesure où ces derniers en remplissent les conditions.

7. En définitive, les appels de F._____ et C._____ sont rejetés, le jugement rendu le 29 août 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne étant intégralement confirmé.

8. Vu l'issue de la cause, les frais d'appel, par 3'120 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFJP [Tarif des frais judiciaires pénaux du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]), doivent être mis par moitié à la charge de F._____ et par moitié à la charge de C._____ (art. 428 al. 1 CPP).

Les appelants succombant, la conclusion de l'appel tentant à l'octroi d'une indemnité selon l'art. 429 al. 1 CPP en leur faveur et solidairement entre eux doit être rejetée.

Les plaignants A.M._____ et B.M._____, qui ont procédé avec l'assistance d'un conseil professionnel, ont droit, solidairement entre eux, à des dépens d'appel, conformément à l'art. 433 al. 1 let. a CPP. Vu l'ampleur et la complexité de la cause en appel et compte tenu de la décision de non-entrée en matière sur l'appel joint rendue par la Cour de céans, des dépens réduits doivent leur être alloués, de 2'700 fr., à charge de F._____ et de C._____, solidairement entre eux.

Par ces motifs,
La Cour d'appel pénale,
appliquant à F._____ et C._____ les articles, 40, 42, 44, 47, 49 al. 2 et
158 ch. 1 al. 3 CP; 348 ss, 398 ss et 426 CPP

prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 29 août 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne est confirmé selon le dispositif suivant :

I. CONDAMNE F._____ pour gestion déloyale à 13 mois et 10 jours (treize mois et dix jours) de privation de liberté, peine complémentaire à celle infligée le 26 juillet 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne, avec sursis pendant 4 (quatre) ans, ainsi qu'au paiement des frais par 7'437 fr. 50;

II. RENONCE à révoquer le sursis octroyé à F._____ le 26 juillet 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne;

III. CONDAMNE C._____ pour gestion déloyale à 12 mois et 17 jours (douze mois et dix-sept jours) de privation de liberté, peine complémentaire à celles infligées le 15 août 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne et le 8 décembre 2011 par le Tribunal de police de l'Est vaudois, avec sursis pendant 4 (quatre) ans, ainsi qu'au paiement des frais par 7'437 fr. 50;

IV. PREND ACTE, pour valoir jugements civils définitifs et exécutoires, des conventions passées au procès-verbal de l'audience du 27 août 2012 entre M._____ SA, C._____ et F._____, d'une part, et W._____ d'autre part, et entre M._____ SA, C._____ et F._____, d'une part, et R._____ d'autre part;

V. ORDONNE le maintien au dossier au titre de pièces à conviction des objets séquestrés sous fiches n° 2265 et n° 2395".

III. Les frais d'appel, par 3'120 fr., sont mis par moitié à la charge de F._____ et par moitié à la charge de C._____.

IV. F._____ et C._____, solidairement entre eux, doivent verser à A.M._____ et B.M._____, solidairement entre eux, la somme de 2'700 fr. (deux mille sept cents francs), à titre de dépens d'appel.

V. Le présent jugement est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du 24 juillet 2013

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué aux appelants et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. Stefan Disch, avocat (pour F._____ et C._____),
- Me Olivier Righetti, avocat (pour A.M._____ et B.M._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur du Ministère public central, division entraide, criminalité économique et informatique,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement 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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :