

GE_GERICHTE AARP/210/2016 vom 25. Mai 2016

GE Cour de justice, 2016-05-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_210_2016

FR: GE_GERICHTE AARP/210/2016 du 25 mai 2016

IT: GE_GERICHTE AARP/210/2016 del 25 maggio 2016

Erwägungen

E. 1

Les appels sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les

- 17/28 - P/3785/2009 conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

E. 2

2.1.1. La présomption d'innocence, ainsi que son corollaire, le principe in dubio pro reo, sont garantis par les art. 14 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II ; RS 0.103.2), 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101), 32 al. 1 de de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) et 10 CPP. Comme principe présidant à l'appréciation des preuves, la présomption d'innocence est violée si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes (ATF 138 V 74 consid. 7 p. 82 ; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

Le juge du fait dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40). Confronté à des versions contradictoires, il forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble et l'état de fait déduit du rapprochement de divers éléments ou indices. Un ou plusieurs arguments corroboratifs peuvent demeurer fragiles si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_109/2014 du 25 septembre 2014 consid. 2.1 ; 6B_398/2013 du 11 juillet 2013 consid. 2.1 et 6B_642/2012 du 22 janvier 2013 consid. 1.1).

2.1.2.1. L'art. 251 ch. 1 CP réprime le comportement de celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un

tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre.

2.1.2.2. Il y a abus de blanc-seing lorsqu'une personne est en possession, de manière licite ou non, de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui. Par exemple, le client a remis un spécimen de sa signature à son banquier, le directeur a remis à sa secrétaire des lettres en blanc portant sa signature pour les remplir selon ses instructions ou encore une personne reçoit un message signé comportant un espace qui permet d'insérer une phrase.

- 18/28 - P/3785/2009

L'acte délictueux consiste à remplir ou compléter le document d'une manière contraire à la volonté du signataire (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e éd., Berne 2010, n. 77 et ss ad art. 251). Par exemple, la feuille signée en blanc est remplie de manière à faire apparaître une reconnaissance de dette que l'auteur n'a nullement voulue. Il s'agit en réalité d'une forme citée spécialement par la loi de faux par usurpation d'identité : la déclaration n'émane en réalité pas de son auteur apparent, quand bien même la signature ou la marque est authentique.

L'infraction peut se présenter sous la forme de la création d'un titre faux si la personne remplit frauduleusement une feuille blanche munie d'une signature réelle, mais elle peut aussi se présenter sous la forme d'une falsification si une personne complète indûment un texte déjà signé par le signataire, par exemple en insérant une phrase dans un espace libre (B. CORBOZ, *op. cit.*, n. 80 ad art. 251).

Sur le plan subjectif, le faux dans les titres est une infraction intentionnelle. Le dol éventuel suffit. L'art. 251 CP exige de surcroît un dessein spécial, qui peut se présenter sous deux formes alternatives, soit le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui ou le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite.

L'avantage est une notion très large ; il suffit que l'auteur veuille améliorer sa situation. Son illicéité peut résulter de la loi, du but poursuivi ou du moyen utilisé ; elle peut donc être déduite du seul fait que l'auteur recourt à un faux (ATF 133 IV 303 consid. 4.4 non publié et les références citées).

2.1.3. 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). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé 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, il faut donc que l'auteur ait 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.

Le gérant de fortune constitue un exemple type de gérant au sens de l'art. 158 CP (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.1).

Pour qu'il y ait gestion déloyale, il faut que le gérant ait violé une obligation liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3c). Le comportement délictueux consiste à

- 19/28 - P/3785/2009 violer le devoir de gestion ou de sauvegarde. 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. Cette question s'examine au regard des rapports juridiques qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires administrés compte tenu des dispositions légales ou contractuelles applicables, y compris les éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (arrêts du Tribunal fédéral 6B_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.2.1 ; 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2 ; 6B_446/2010 du 14 janvier 2010 consid. 8.4.1).

Le devoir de fidélité oblige le mandataire à s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de son mandant. Le gérant doit éviter tout agissement qui cause un préjudice au client. Ainsi, il ne peut pas entreprendre des placements inutiles dans le seul but de débiter à ce dernier des commissions pour les transactions effectuées. Il ne peut 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, ce que la pratique qualifie de " churning " ou barattage. Un tel procédé, qui porte gravement atteinte aux intérêts du client, a été considéré comme tombant sous le coup de l'art. 158 CP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.2.1 et les références citées).

2.2.1. Il est avéré que la signature qui figure sur le "bien-trouvé" est celle de A_____, qui conteste avoir signé ce document.

Parmi les éléments à charge, qui vont dans le sens d'un abus de blanc-seing de la part de l'intimé, il y a l'expertise judiciaire, à teneur de laquelle l'hypothèse d'une signature en blanc est vraisemblable, compte tenu du fait que le "bien-trouvé" était en sous main de la procuration datée du 1er janvier 2006, les deux feuilles ayant dû être signées en même temps. L'expert est cependant parti de la prémisse, peut-être erronée, que la procuration avait été signée à cette date.

En outre, la plaignante a affirmé avoir signé des feuilles en blanc, dont l'existence est confirmée par le témoin AC_____. Le contenu du "bien-trouvé" est favorable à l'intimé, qui aurait donc eu tout intérêt à confectionner un tel document.

A décharge, il y a le fait que la procédure n'a pas établi que l'intimé aurait été en possession de feuilles blanches, munies de la seule signature autographe de la plaignante. Celle-ci a affirmé qu'elle les avait remises à son père et ce dernier, entendu à deux reprises durant l'instruction, n'a pas soutenu les avoir à son tour remises à B_____. Confronté d'ailleurs à l'employée de la banque en charge des

- 20/28 - P/3785/2009 gérants externes, le père de l'appelante a contesté la version de ce témoin selon laquelle elle avait reçu par la poste l'une de ces feuilles en blanc qu'elle avait ensuite remplie pour établir un ordre de paiement. Or, si le père de la plaignante avait remis à l'intimé des feuilles portant la signature en blanc de sa fille, il n'aurait pas été surpris que l'une d'elles ait pu parvenir à la banque. D'ailleurs, si le prévenu avait été en possession de blancs-seings à ce moment-là, il aurait pu compléter lui-même l'ordre de transfert. Le fait que ce soit le témoin AC_____ qui l'ait fait, conformément aux instructions du père de la plaignante, corrobore la thèse de la défense selon laquelle le prévenu n'a jamais été en

possession de blancs-seings. D'ailleurs, en tant qu'homme d'affaires avisé et prudent – le père s'est fait remettre par sa fille une procuration sur le compte "D_____" après le mariage de celle-ci – le témoin G_____ avait tout intérêt à conserver le contrôle sur ces feuilles. Il est possible, comme l'a envisagé l'intimé, que le témoin G_____ ait pu faire signer à sa fille la procuration sur le bloc utilisé ensuite pour établir le "bien-trouvé", la feuille ayant pu être déjà foulée au moment de rédiger ce document. En outre, on ne saurait retenir que l'intimé se serait prévalu de l'existence du "bien- trouvé" à un stade très avancé de la procédure. Il y a fait allusion lors de sa seconde audition après son inculpation et la première fois qu'il a été confronté à la plaignante, soit à la fin de l'année 2009.

Partant, avec les premiers juges, il convient de retenir que si les circonstances entourant l'établissement du "bien-trouvé" sont troublantes, il n'est pas possible d'affirmer qu'il s'agit d'un abus de blanc-seing commis par l'intimé.

2.2.2. S'agissant de l'infraction de gestion déloyale, il sera constaté que les parties étaient liées par un contrat de tiers gérant, conférant à l'intimé, soit pour lui sa société, en tant que gestionnaire de fortune indépendant, le pouvoir d'administrer les fonds déposés sur le compte "D_____" ouvert auprès de la E_____ SA. Etabli sur papier à en-tête de la banque, ce formulaire conférait au prévenu une procuration limitée à la gestion des actifs en compte et lui permettait concrètement de donner l'ordre à la banque de passer des transactions.

Ce contrat ne définit en revanche pas les objectifs de gestion, ni le profil de risque du client et ne fait aucune mention d'une quelconque stratégie d'investissement. Il ne permet ainsi pas de déterminer l'étendue des obligations de l'intimé en relation avec les actifs sous gestion et ne constitue pas un contrat de gestion de fortune en bonne et due forme. Quelques indications à ce sujet figurent dans les formulaires

- 21/28 - P/3785/2009 d'identification de l'ayant droit économique, qui ne sont pas signés par les deux parties, lesquels autorisent, dès 2004, l'utilisation de fonds de placement.

Avec les premiers juges, il y a aussi lieu de constater que le choix d'investir les actifs de l'appelante dans des fonds en actions, plutôt que dans des dépôts fiduciaires ou des fonds obligataires, était voulu ou à tout le moins accepté par l'appelante, soit pour elle son père, qui était à l'origine de l'ouverture du compte, qui en assurait le suivi et qui disposait au demeurant d'une procuration. Les explications de ce dernier selon lesquelles il ignorait tout de la composition du portefeuille de sa fille et n'était tenu informé que de la performance annuelle du compte ne sont pas crédibles. D'une part, elles sont contredites par l'intimé, qui a certes intérêt à soutenir le contraire, mais surtout, par le témoin AC_____ qui a clairement affirmé qu'elle avait communiqué à quelques reprises des relevés détaillés du compte "D_____" au père de la plaignante, à sa demande. Rien ne permet d'infirmer ce témoignage émanant d'une employée de la banque dépositaire, qui n'avait pas de lien particulier avec l'intimé à teneur du dossier. De surcroît, ce témoignage est détaillé, l'intéressée ayant ajouté qu'elle faxait ces relevés en enlevant le nom du titulaire du compte et l'en-tête de la banque, conformément à un procédé qui révèle le souci de discrétion du client, compréhensible en l'espèce dès lors que les fonds sur le compte "D_____" n'étaient pas déclarés fiscalement.

D'autre part, il n'est pas plausible que le père de la plaignante ne se soit pas assuré, durant les sept années d'existence du compte, de la manière dont les fonds étaient investis. Même sans être un spécialiste de la finance, le témoin G_____ était un homme d'affaires avisé,

qui possédait une fortune considérable et qui était suffisamment expérimenté pour s'intéresser à la manière dont ses actifs et ceux de sa fille étaient investis. Il en a d'ailleurs fait la démonstration dans la procédure, indiquant avec précision que ses avoirs précédemment déposés à L_____ SA étaient placés dans des dépôts fiduciaires, tandis que les fonds rapatriés en Italie l'étaient dans des obligations en Euros. Les éléments qui précèdent sont suffisants pour retenir que le père de la plaignante savait, dès les débuts de la relation, que les actifs sur le compte "D_____" étaient concentrés sur un nombre très limité de positions, sans qu'il ne soit nécessaire de se fonder sur le "bien-trouvé" ou les notes personnelles de l'intimé, qui constituent des éléments corroboratifs dont la force probante est bien moindre, surtout pour les secondes qui ne sont que de simples photocopies.

- 22/28 - P/3785/2009 Déjà la fin de l'année 2002, le portefeuille du compte "D_____" était concentré sur une seule position, soit un fonds en actions qui représentait le 92.6% du portefeuille. Le même constat s'impose l'année suivante (98.5% du portefeuille sur un seul fonds en actions), ainsi qu'à fin 2005 (98.2%), soit avant que le fonds F_____ ne soit acheté.

Le dossier n'établit pas que cette stratégie de placement, consistant à investir l'intégralité du compte dans un fonds en actions diversifié, le fonds F_____ étant censé être composé d'une cinquantaine de titres, était contraire aux instructions du client. Peu importe ainsi que le compte "D_____" représentait l'intégralité de la fortune de la plaignante, à supposer, un doute étant permis à cet égard, qu'il s'agissait véritablement de sa fortune et non pas de celle de son père. Quelques éléments laissent en effet penser que le témoin G_____ était davantage qu'un intermédiaire, comme le fait que, dans le formulaire sur l'identification de l'ayant droit économique, la fortune globale est estimée à 20 millions d'Euros, que des cadeaux à l'intention de la plaignante ont été débités de son propre compte, qu'elle n'a joué aucun rôle dans la gestion de son compte après son retour en Italie en 2005, ni n'a opéré aucun prélèvement, alors que l'argent théoriquement lui appartenait. Les affirmations du témoin G_____, selon lequel le prélèvement de quelque EUR 92'000.- en février 2004 était destiné au mariage imminent de sa fille, qui a eu lieu en mai 2005, laissent songeurs.

Même si la concentration en actions de l'intégralité d'un portefeuille révèle d'une stratégie de placement agressive, car elle expose l'investisseur aux risques inhérents aux corrections du marché, parfois importantes, le choix d'un fonds diversifié, plutôt qu'une sélection de quelques titres, limite les risques liés à une perte totale de valeur d'une action en cas de faillite d'une compagnie. Ainsi, la concentration d'un portefeuille sur un seul fonds de placement n'est pas assimilable à la concentration sur un seul titre.

Il n'y a d'ailleurs pas de raison de douter, sur ce point, des explications de l'intimé selon lesquelles le client souhaitait un rendement élevé, ce qui n'est pas inhabituel, l'existence d'un neveu vivant à Londres, qui aurait évoqué des placements très rentables à l'oncle vivant en Italie, étant confirmée par la plaignante. Le père de celle-ci s'était du reste parfaitement accommodé de la gestion du compte et, partant, de la concentration du portefeuille sur un seul fonds, pour autant que cette gestion aboutisse à un rendement considéré comme satisfaisant. C'est ce qu'il a concédé, lorsqu'il a affirmé qu'il était satisfait de la performance du compte jusqu'à la découverte de la fraude MADOFF. On doit ainsi considérer que le fait que les actifs aient été tous investis dans le fonds F_____, plutôt que dans un autre fonds, lui était indifférent.

- 23/28 - P/3785/2009

Les premiers juges ont retenu que de manière générale les usages en matière de diversification des placements sont davantage destinés à protéger l'investisseur contre les aléas de la bourse plutôt que le risque de fraude. Quoiqu'il en soit, contre ce dernier risque, la réputation de l'organe de révision et celle de la banque dépositaire, garante de la conservation des actifs du fonds F_____, constituaient en l'espèce, pour un gérant de fortune, des gages suffisants, ce qu'a confirmé le témoin AD_____.

En définitive, il convient de retenir que la partie plaignante était au courant et avait à tout le moins ratifié, par l'entremise de son père, que la totalité des actifs sur le compte "D_____" fussent placés, pendant plusieurs années, dans un seul fonds d'investissement, en dernier lieu dans le fonds F_____. Cette stratégie n'était pas en contradiction avec les termes du contrat de tiers gérant, ni avec l'objectif du compte, qui prévoyait depuis 2004 le recours à des fonds de placement. Quant au choix du fonds de placement, le fonds F_____ fournissait des garanties suffisantes selon les connaissances de l'époque et rien ne permettait en tout cas de déceler la fraude. Enfin, il n'est pas établi que l'intimé a délibérément généré des commissions excessives, au détriment de la plaignante. Les commissions de gestion perçues pour le fonds F_____ étaient de l'ordre de 2% à 3%, et n'étaient en tout cas pas supérieures à 5%, même en y ajoutant les rétrocessions sur les frais de courtage prélevés une seule fois au moment de l'achat des parts.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'intimé, d'après les éléments du dossier, n'a pas violé ses devoirs de gestion à l'égard de l'appelante. En tout état de cause, la procédure n'a pas permis de déterminer qu'il aurait agi intentionnellement, conscient qu'en acquérant le fonds F_____ pour l'entier du portefeuille, il exposait la cliente au dommage qui est en définitive survenu.

Partant, il convient de confirmer l'acquiescement prononcé par les premiers juges.

E. 3.1

La partie plaignante ayant succombé, elle n'a pas droit à une indemnité pour les frais d'avocat qu'elle a consentis (art. 433 cum art. 436 CPP).

3.2.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. L'indemnité concerne les dépenses du prévenu pour un avocat de choix (ATF 138 IV 205 consid. 1 p. 206). Elle couvre en particulier les honoraires d'avocat, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure.

- 24/28 - P/3785/2009 Lorsque le juge est amené à fixer l'indemnité pour les frais de défense selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, alors qu'une liste des opérations de l'avocat a été déposée, la garantie du droit d'être entendu implique qu'il doit, s'il entend s'en écarter, au moins brièvement indiquer les raisons pour lesquelles il tient certaines prétentions pour injustifiées, afin que son destinataire puisse attaquer la décision en connaissance de cause (arrêt du Tribunal fédéral 6B_875/2013 du 7 avril 2014 consid. 5). L'autorité pénale compétente pour liquider l'indemnisation est celle qui a prononcé l'abandon de la poursuite pénale (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 51 ad art. 429 ; G. PIQUEREZ / A. MACALUSO, Procédure pénale suisse, Genève 2011, n. 2286 p. 729 ; ACPR/362/2011 du 7 décembre 2011). Les honoraires d'avocat se calculent selon le tarif usuel du barreau applicable dans le canton où la procédure se déroule (arrêt du Tribunal fédéral 6B_392/2013 du

E. 4

Compte tenu de l'issue de la procédure, la moitié des frais de la procédure d'appel sera mise à la charge de la partie plaignante qui succombe, l'autre moitié à la charge de l'Etat (cf. art. 428 CPP).

* * * * *

- 26/28 - P/3785/2009

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