

# **GE\_GERICHTE AARP/236/2017 vom 6. Juli 2017**

GE Cour de justice, 2017-07-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_236\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_236_2017)

FR: GE\_GERICHTE AARP/236/2017 du 6 juillet 2017

IT: GE\_GERICHTE AARP/236/2017 del 6 luglio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1.1. Dans son arrêt du 25 janvier 2017, la Cour de céans a déjà jugé de la recevabilité formelle de l'acte d'appel de A\_\_\_\_\_ sous l'angle de la saisine de la Cour de céans, tout en réservant l'examen de sa qualité de partie plaignante. 1.1.2. Les jugements des tribunaux de première instance qui ont clos tout ou partie de la procédure sont susceptibles de faire l'objet d'un appel en vertu de l'art. 398 al. 1 CPP. La qualité pour former appel est définie à l'art. 382 al. 1 CPP, disposition générique en matière de qualité pour recourir. Selon cette disposition, toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci. La notion de partie visée à l'art. 382 CPP doit être comprise au sens des art. 104 et 105 CPP. L'art. 104 al. 1 let. b CPP reconnaît notamment cette qualité à la partie plaignante soit, selon l'art. 118 al. 1 CPP, au lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. L'art. 115 al. 1 CPP définit la notion de lésé. Selon cette disposition, on entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. En règle générale seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_753/2012 du 25 février 2013 consid. 3.3 et la jurisprudence citée). 1.1.3. Le Tribunal fédéral a précisé que seul doit être considéré comme lésé celui qui est personnellement et immédiatement touché, c'est-à-dire celui qui est titulaire du bien juridique ou du droit protégé par la loi, contre lequel, par définition, se dirige l'infraction (ATF 119 Ia 342 consid. 2 p. 345 ; ATF 119 IV 339 consid. 1d/aa p. 343). Il convient d'interpréter le texte de l'infraction pour en déterminer le titulaire et ainsi savoir qui a qualité de lésé. Seuls les biens juridiques protégés par l'infraction en cause peuvent, s'ils sont atteints ou menacés, fonder la qualité de lésé. Le fait que le bien juridique individuel soit protégé pénalement n'est pas non plus décisif, il faut que ce soit

- 16/31 - P/4010/2009 l'infraction qui fait l'objet de la procédure à laquelle le lésé entend participer qui tend à sa protection (A. KUHN / Y. JEANNERET [éds], Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 9 ad art. 115). Le critère sus-évoqué de la titularité du bien juridique attaqué a pour corollaire que l'existence ou non d'un préjudice civil (par exemple sous la forme d'un dommage patrimonial) est dénuée de pertinence, sous l'angle de l'art. 115 al. 1 CPP, lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne revêt la qualité de lésé.

1.1.4. Selon l'art. 403 al. 1 CPP, la juridiction d'appel rend par écrit sa décision sur la recevabilité de l'appel lorsque la direction de la procédure ou une partie fait valoir que l'annonce ou la déclaration d'appel est tardive ou irrecevable (a), que l'appel n'est pas recevable au sens de l'art. 398 (b), que les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont pas réunies ou qu'il existe un empêchement de procéder (c).

L'intérêt pour recourir relève de la recevabilité et non du bien-fondé du recours (A. KUHN / Y. JEANNERET [éds], op. cit., ad art. 382 n. 3). Une partie qui n'est pas concrètement lésée par la décision ne possède pas la qualité pour recourir et son recours est irrecevable (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_31/2014 du 26 mai 2014 consid. 1.2)

Pour une partie de la doctrine, l'examen de la légitimation pour l'appel tombe sous la disposition de la lettre a (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER [éds], Basler Kommentar StPO, 2e éd., Bâle 2014, n. 3 ad art. 403 CPP; A DONATSCH, T. HANSJAKOB, V. LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2014, n. 8 ad art. 403; C. RIEDO, G. FIOLKA, M. A. NIGGLI, Strafprozessrecht, n. 2914; N. SCHMID, StPO, Praxiskommentar, ad art. 403, N. 4). Selon d'autres auteurs, si l'appel ne respecte pas les conditions posées à l'art. 398 CPP, il sera déclaré irrecevable, ce qui sera le cas notamment si l'appelant n'a pas la qualité pour agir (A. KUHN / Y. JEANNERET [éds], op. cit., ad art. 403 n. 8 et L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, Petit commentaire, CPP, Bâle 2016, n. 13 ad art. 403 CPP). Le Tribunal fédéral n'a pas précisé la distinction relevant de l'application de la lettre a par rapport à la lettre b, tout en mentionnant que l'art. 403 CPP traite bien de la question de la légitimation (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_560/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2.1). Par ailleurs, selon un auteur, la question de la légitimation se rattacherait également aux conditions de procédure positives, telle une autorisation de procéder, qui sont des conditions de nature procédurale qui doivent être remplies pour la poursuite d'une procédure pénale (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER [éds], Basler Kommentar StPO, 2e éd., Bâle 2014, n. 5 ad art. 403 CPP).

## **E. 1.2**

p. 47 ss, confirmé par l'ATF 141 IV 476 consid. 1.1 p.478 ss). L'indemnité de procédure due au prévenu par l'État selon l'art. 429 CPP est alors réduite à concurrence de l'indemnité mise à charge de la partie plaignante ou compensée par celle-ci (art. 430 al. 1 let. b CPP). 8.1.3. Selon l'art. 428 al. 1, première phrase, CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises en deuxième instance (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_136/2016 du 23 janvier 2017 consid. 4.1.2 ; 6B\_1025/2014 du 9 février 2015 consid. 2.4.1 ; 6B\_1046/2013 du 14 mai 2014 consid. 3.3 ; 6B\_586/2013 du 1er mai 2014 consid. 3.2 ; 6B\_438/2013 du 18 juillet 2013 consid. 2.4).

- 29/31 - P/4010/2009 8.2. Vu le présent arrêt, il convient d'arrêter les frais pour la procédure d'appel qui a porté sur la demande de non-entrée en matière et d'irrecevabilité. Il se justifie de mettre à la charge de A\_\_\_\_\_, qui succombe, le 90 % desdits frais, qui comprennent un émolument global de CHF 5'000.- pour les deux arrêts prononcés, le solde restant à la charge de C\_\_\_\_\_ suite au rejet de ses conclusions sur la voie de droit choisie par A\_\_\_\_\_. Il y a lieu de condamner A\_\_\_\_\_ au paiement des frais de défense de l'intimé, qui seront réduits à CHF 9'720.-, soit le 90% du montant correspondant à une activité de 24 heures au tarif horaire de CHF 450.- admis par la Cour de céans. \* \* \* \* \*

- 30/31 - P/4010/2009

## **E. 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). 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 que l'auteur ait un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation inhérente à cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement. Le dessein d'enrichissement illégitime constitue une circonstance aggravante (art. 158 ch. 1 al. 3 CP).

L'infraction réprimée par l'art. 158 ch. 1 CP ne peut être commise que par une personne qui revêt la qualité de gérant. Selon la jurisprudence, il s'agit d'une personne à qui incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui. Le devoir de sauvegarder des intérêts pécuniaires ou de veiller sur de tels intérêts doit représenter un aspect caractéristique et essentiel du rapport liant l'auteur au titulaire du patrimoine géré (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_294/2008 du 1er septembre 2010 consid. 5.3.2). La qualité de gérant suppose, en outre, 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. L'activité du gérant peut ainsi avoir trait à la gestion d'intérêts pécuniaires dans des rapports externes ou dans des rapports internes (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_830/2011 du 9 octobre 2012 et la jurisprudence citée). 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. 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 qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires qu'il administre, des éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée

- 18/31 - P/4010/2009 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 ; 6B\_787/2016 du 2 mai 2017 consid. 2 et la jurisprudence citée). Lorsque le pouvoir de gestion est défini de manière large, le gérant ne répond que des pertes résultant d'opérations déraisonnables, c'est-à-dire d'opérations qu'un professionnel n'aurait raisonnablement et objectivement pas entreprises (arrêt du Tribunal fédéral 4C.285/1993 du 5 mai 1994 consid. 2c publié in SJ 1994 p. 729). L'art. 158 CP n'est censé punir que les comportements impliquant une prise de risque "qu'un gérant d'affaire avisé n'aurait jamais prise dans la même situation [...]" (FF 1991 933 1018). Tant que la prise de risque assumée par le gérant demeure conforme aux règles applicables, il est exclu de parler de la violation d'un devoir de gestion. Une telle violation ne saurait être admise du seul fait que le comportement adopté par le gérant s'avère ultérieurement préjudiciable (NIGGLI [eds], BSK Strafrecht II, Basler Kommentar, n. 106 ad art. 158).

### **E. 2.1**

; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, op. cit., Bâle 2013, n. 2 et 3 ad art. 115 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER [éds], op. cit., n. 28 et 56 ad art. 115). Il en va

ainsi en particulier de la société anonyme qui possède la personnalité juridique (art. 643 al. 1 CO ; voir ATF 140 IV 155 consid. 3.3 p. 158 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1 et les références citées). La situation n'est pas différente en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, celle-ci possédant aussi la personnalité juridique (art. 779 al. 1 CO) et étant un sujet de droit indépendant de ses associés (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.2). 7.1.4. Ce n'est que lorsque le comportement de l'organe cause un dommage direct à un actionnaire, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, que l'actionnaire lésé peut agir à titre individuel, réclamer des dommages-intérêts au responsable et se constituer partie civile. Ce principe vaut également pour l'associé d'une société à responsabilité limitée (ACPR/460/2014 du 10 octobre 2014 ; A. GARBARSKI, La constitution de partie civile de l'actionnaire en procédure pénale : analyse critique de

- 26/31 - P/4010/2009 la jurisprudence de la Chambre d'accusation, in SJ 2010 II 47 ss, p. 49, 51, 54, 60 et 62). 7.1.5. Si le gérant d'un fonds de placement doté de la personnalité juridique, au sens du droit des Iles Vierges Britanniques, porte atteinte au patrimoine de ce dernier, une infraction de gestion déloyale est envisageable mais c'est alors le fonds seul qui est l'entité lésée par le comportement de l'auteur dans la mesure où la personne lésée doit être la même que celle à qui appartient le patrimoine. Peu importe que la société ne dispose pas d'un capital fixe mais d'un capital variable. Ainsi, le détenteur d'actions de participation qui a versé, pour les obtenir, une somme d'argent à un tel fonds dont les parts sont réparties entre celles accordant un droit de vote, détenues par le gestionnaire du fonds, et celles de participation ne donnant droit qu'à une distribution d'actifs, et qui se plaint d'une lésion directe à son patrimoine par le gestionnaire du fonds n'a pas la qualité de partie plaignante au sens du CPP dès lors qu'il existe dans un tel cas un rapport relevant du droit des sociétés et non un rapport contractuel direct tel celui entre une banque, son client et un gestionnaire. En sa qualité de détenteur de parts sociales, son dommage n'est qu'indirect, lié à la lésion portée au patrimoine du fonds (arrêt de l'Obergericht du Canton de Zurich du 5 décembre 2014, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1B\_29/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.3.5). Le défaut d'activité propre d'une société offshore disposant de la personnalité morale n'implique pas l'absence de personnalité juridique pour cette société, ni la confusion de son patrimoine avec celui de ses ayants droit économiques. Il importe peu qu'une telle société n'ait ni locaux ni personnel (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_118/2017 du 17 juin 2017 consid. 3.2).

### **E. 3**

Pour justifier de sa qualité de partie plaignante, l'appelant allègue l'existence d'un contrat, "même non écrit", avec E\_\_\_\_\_ comprenant un devoir de gestion et de sauvegarde à charge de cette dernière. 3.1.1. A teneur de l'art. 1 du Code des obligations ([RS : 220 ] - ci-après CO), le contrat se définit comme l'échange d'au moins deux manifestations de volonté concordantes. La manifestation de volonté se définit comme le comportement par lequel une personne communique au destinataire sa volonté de créer, modifier, supprimer ou transférer un droit ou un rapport de droit. Une manifestation de volonté peut être expresse ou intervenir par actes concluants (L. THEVENOZ/ F. WERRO, Commentaire romand, Code des obligations, ad art. 1 n. 2 et ss). 3.1.2. L'interprétation objective, ou interprétation selon le principe de la confiance, consiste à rechercher comment une clause contractuelle pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. L'on peut ainsi imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de

son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Pour trancher cette question (de droit), il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Sont déterminantes les circonstances ayant précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_64/2015 du 7 septembre 2015, consid. 4.2).

### E. 3.2

En l'absence de tout contrat écrit, il y a lieu d'examiner si une volonté de contracter ressort du comportement commun des parties.

- 19/31 - P/4010/2009 En juin 2007, A\_\_\_\_\_ a pris contact téléphonique avec AD\_\_\_\_\_ pour demander des informations sur F\_\_\_\_\_. Selon ses déclarations à la procédure, il n'était intéressé que par F\_\_\_\_\_ soit un fonds dont il savait qu'il était géré par I\_\_\_\_\_ dès lors qu'il était à la recherche d'un fonds "G\_\_\_\_\_" en rapport au problème de commission qu'il avait décelé chez la société AC\_\_\_\_\_. A la suite de ce contact, A\_\_\_\_\_ a pu accéder au site internet d'E\_\_\_\_\_ et a pu obtenir, selon ses déclarations, le mémorandum d'J\_\_\_\_\_, le formulaire de souscription de parts, ainsi que le dernier rapport annuel et celui d'évolution trimestrielle du F\_\_\_\_\_. A\_\_\_\_\_ a notamment relevé, durant l'instruction, qu'il n'avait ainsi à sa disposition, à cette époque, qu'une documentation limitée, ayant acquis nombre d'informations et de documentations par la suite en raison de l'instruction pénale. Sur la base des seuls documents précités, qui sont, pour l'essentiel, identiques à ceux dont tout souscripteur s'engageait à prendre connaissance, selon le formulaire, au moment de la souscription, A\_\_\_\_\_ s'est décidé à acheter des parts du F\_\_\_\_\_. Alors qu'il était lui-même gestionnaire de fortune expérimenté, qu'il avait connaissance du fonctionnement des produits "G\_\_\_\_\_" et qu'il n'était intéressé qu'au F\_\_\_\_\_, à l'exclusion de tout autre fonds présenté par E\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ n'a eu, avant de procéder à son investissement, aucun contact avec un responsable d'E\_\_\_\_\_, AD\_\_\_\_\_, avec laquelle il n'avait eu que des contacts téléphoniques ou par courriels, ne pouvant être considérée comme telle et n'ayant, selon son témoignage, aucunement donné de conseil ni fait offre de service au-delà de la transmission de la documentation réclamée. Il sied dès lors de considérer que A\_\_\_\_\_ a pris une décision personnelle d'investir sans recourir à aucun type de conseil préalable. E\_\_\_\_\_ lui-même n'a jamais considéré Z\_\_\_\_\_ comme client, encore moins A\_\_\_\_\_, la Banque AF\_\_\_\_\_ ayant agi en tant que "nominee" et comme cela ressort de l'attestation émise par le réviseur X\_\_\_\_\_ le 9 septembre 2009 quant à de la clientèle d'E\_\_\_\_\_ éventuellement concernée par des produits "G\_\_\_\_\_". L'on ne saurait ainsi déduire du comportement de A\_\_\_\_\_ lui-même, ni de celui d'E\_\_\_\_\_, par l'un de ses représentants, une quelconque volonté de contracter un mandat de gestion au moment où A\_\_\_\_\_ a décidé, de son propre chef, d'investir dans F\_\_\_\_\_ en juillet 2007. Le fait qu'une fiche mentionnant Z\_\_\_\_\_ sous une rubrique "client" ait été établie à l'interne chez E\_\_\_\_\_ au moment de ce contact ne change rien à ce constat, au vu des rapports intervenus. Dans de telles circonstances, A\_\_\_\_\_ ne peut pas inférer des informations présentes sur le site internet d'E\_\_\_\_\_ que cette dernière lui avait fait des promesses en rapport à un contrat les liant. Ce site internet précisait d'ailleurs expressément que le contenu des pages et les informations figurant sur ledit site n'avaient qu'un but informatif et ne constituaient aucunement une offre, ni une recommandation d'E\_\_\_\_\_ pour entrer en relation d'affaire.

- 20/31 - P/4010/2009 L'unique rencontre entre A\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, qui s'est produite en mai 2008, ne modifie pas cette appréciation mais confirme l'absence préalable de relation contractuelle, ce qui ressort notamment de la teneur du mémo préparatoire d'E\_\_\_\_\_ à

cette séance: "Ils connaissent bien G \_\_\_\_\_/le produit mais n'ont encore jamais rencontré quelqu'un d'E\_\_\_\_\_ et veulent vous rencontrer". A teneur des déclarations des parties à la procédure, et du témoignage d'AD\_\_\_\_\_, au cours de cet entretien du 28 mai 2008, aucune offre de service n'a été faite à A\_\_\_\_\_, la réunion ayant porté uniquement sur des présentations mutuelles et un échange d'informations, dont le contenu est d'ailleurs contesté sans que l'appelant ne soutienne qu'un engagement a été pris en sa faveur. Il ne ressort également pas du dossier que des recommandations particulières ont été formulées par C\_\_\_\_\_ en cette occasion. En outre, A\_\_\_\_\_ n'a jamais soutenu que ce soit précisément cette réunion qui l'avait convaincu de maintenir son investissement du 24 juillet 2007 dans F\_\_\_\_\_. Il n'apparaît d'ailleurs pas à la procédure qu'entre juillet 2007 et mai 2008, des contacts entre A\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ soient intervenus, mis à part la demande d'entrevue pour le 28 mai 2008. L'envoi ultérieur à A\_\_\_\_\_ du AIMA'S ILLUSTRATIVE QUESTIONNAIRE FOR DUE DILIGENCE OF FUND OF HEDGE FUNDS MANAGERS par AD\_\_\_\_\_ à fin juin 2008 n'y change rien, dans la mesure du contexte précité. Il est relevé que A\_\_\_\_\_ avait alors indiqué sur le courriel adressé à AD\_\_\_\_\_ qu'il voulait transmettre de la documentation à une banque en vue d'une nouvelle souscription et nullement le fait que son investissement du 24 juillet 2007 était concerné. Il sera encore relevé que l'ensemble des informations et documents réunis par A\_\_\_\_\_ postérieurement à l'ouverture de la procédure pénale, n'est pas relevant pour juger de sa volonté de conclure un contrat entre juin 2007 et septembre 2008, pas plus que celle d'E\_\_\_\_\_ agissant par l'un de ses organes, C\_\_\_\_\_ en l'occurrence. L'examen du comportement des parties, tant de part et d'autre, ne permet ainsi pas de conclure à une volonté contractuelle mutuelle en faveur d'un contrat de gestion. En l'absence de tout contrat et de dispositions contractuelles applicables délimitant un devoir et des obligations de gérant, il n'y a ainsi pas lieu de relever une violation d'un devoir de gestion de C\_\_\_\_\_ sur une base contractuelle entre A\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_. De surcroît, A\_\_\_\_\_ n'étant intéressé que par F\_\_\_\_\_, on ne discerne pas quelle aurait été la marge de gestion laissée à E\_\_\_\_\_, dans le contexte précité.

#### **E. 4**

L'appelant allègue une violation du devoir de sauvegarde de ses avoirs dont C\_\_\_\_\_ serait redevable en sa qualité de directeur du fonds, le devoir de gestion de ses avoirs par E\_\_\_\_\_ résultant du fait que cette dernière et F\_\_\_\_\_, simple coquille vide et instrument de gestion, devraient être considérées comme une seule entité en application

- 21/31 - P/4010/2009 du principe de la transparence ("Durchgriff"), la jurisprudence relative à l'indépendance de la société anonyme n'étant pas applicable. 4.1.1. Selon la théorie de la transparence, on ne peut pas s'en tenir dans tous les cas à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale ; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe en réalité pas deux entités indépendantes, du moment que la société est un simple instrument dans la main de son auteur, lequel, économiquement, ne fait qu'un avec elle. On doit dès lors admettre, à certains égards, conformément à la réalité économique, qu'il y a identité de personnes et que les rapports de droit lient l'un lient également l'autre. Ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la dualité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes. Ainsi, l'indépendance juridique entre l'actionnaire unique et la société anonyme ne peut pas être invoquée dans un but qui

ne mérite pas la protection de la loi, comme par exemple pour éluder un contrat, une prohibition de concurrence ou encore pour contourner une interdiction. L'application du principe de la transparence suppose donc, tout d'abord, qu'il y ait identité des personnes, conformément à la réalité économique, ou, en tout cas, la domination économique d'un sujet de droit sur l'autre. Il faut ensuite que la dualité soit invoquée de manière abusive, c'est-à-dire pour en tirer un avantage injustifié (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_417/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.3 et les références citées). 4.1.2. La loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux ([RS : 951.31] - LPCC), dans sa version entrée en vigueur le 1er janvier 2007, prévoyait en son art. 3 al. 4 que les placements collectifs étrangers pour lesquels il est fait appel au public en Suisse ou à partir de la Suisse sont soumis aux dispositions de la présente loi qui leur sont directement applicables (art. 119 ss), quelle que soit leur forme juridique. Selon l'art. 3 LPCC, on entend par appel au public au sens de la présente loi la publicité qui s'adresse au public. Ne peuvent notamment être qualifiés de publicité la publication de prix, de cours et de valeurs d'inventaires par des intermédiaires financiers soumis à une surveillance. La publicité qui s'adresse exclusivement à des investisseurs qualifiés au sens de l'art. 10 al. 3, n'est pas considérée comme un appel au public. Selon l'art. 10 al. 3 let. a LPCC, par investisseurs qualifiés au sens de la présente loi, on entend notamment les intermédiaires financiers soumis à une surveillance, tels que les banques, les négociants en valeurs mobilières et les directions de fonds (directions). 4.1.3. En droit suisse des sociétés, peuvent être recherchés en responsabilité non seulement les organes formels, mais aussi les organes de fait, soit toutes les personnes qui s'occupent de la gestion de la société en prenant en fait les décisions normalement réservées aux organes ou en pourvoyant à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Le droit de l'Etat en vertu duquel les sociétés sont organisées est en principe déterminant. La lex societatis régit entre autres les questions d'organisation (qui ont notamment trait aux organes, à leur compétence, à

- 22/31 - P/4010/2009 la comptabilité), de responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés et de responsabilité pour les dettes de la société. Elle définit le cercle des personnes responsables et règle la question des organes de fait. Elle régit aussi la responsabilité découlant du principe de la transparence. L'art. 159 de la Loi sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291 - LDIP) ne s'applique pas lorsqu'un tiers sait qu'une société a son siège à l'étranger. Le droit du siège social de la société est déterminant pour dire qui était organe, respectivement à quelles conditions les organes peuvent être recherchés en responsabilité. Ce même droit répond aussi à la question de savoir si une assimilation peut intervenir en application du principe de la transparence (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 7 et les références citées).

4.1.4. L'avis de droit de Y\_\_\_\_\_ du 23 novembre 2009 versé à la procédure établit, en droit des Bahamas, le principe de la distinction entre la personnalité morale d'une société et ses membres ou actionnaires. Dans son arrêt 4A\_600/2012 du 14 janvier 2013, consid. 4.2, le Tribunal fédéral n'a pas critiqué le raisonnement de la Cour de justice genevoise, selon lequel, les tribunaux des Bahamas reconnaissent l'indépendance de la personne morale, se ralliant au principe général consacré en 1896 par la jurisprudence anglaise, de façon "probablement plus absolu[e]" qu'en droit suisse. Le seul fait qu'une personne détienne le contrôle d'une société ne constitue pas un justificatif suffisant pour percer le voile social. Il faut encore que soient commises des irrégularités liées à l'utilisation de la structure sociale, elle-même mise à profit pour dissimuler leur existence et/ou l'identité de leurs auteurs. Point n'est besoin que la société ait été constituée déjà avec cet objectif. Cette exception n'est

admise que de façon restrictive.

#### **E. 4.2**

En l'espèce, les parties ne contestent pas que la LPCC ne soit pas applicable aux faits de la cause. Il sied donc d'examiner, conformément à la jurisprudence, l'application de la théorie de la transparence conformément au droit bahamien. Il est manifeste que F\_\_\_\_\_ était une personne morale distincte au sens du droit des Bahamas. En témoigne notamment l'accord pris le 22 mai 2009 avec le liquidateur de I\_\_\_\_\_. L'appelant ne conteste d'ailleurs pas cette qualité de F\_\_\_\_\_. D'autre part, E\_\_\_\_\_ était seule détentrice de l'intégralité des parts du fonds avec droit de vote, lui-même détenteur des parts du F\_\_\_\_\_ de cette nature. E\_\_\_\_\_ assumait également la gestion de F\_\_\_\_\_, selon le contrat établi en 2003, alors que C\_\_\_\_\_, directeur général et administrateur d'E\_\_\_\_\_, était également l'un de ces trois directeurs. Il est ainsi établi que la personne morale, en l'occurrence F\_\_\_\_\_, était entièrement sous le contrôle d'E\_\_\_\_\_. Une identité de personnes conformément à la réalité économique peut dès lors être retenue. Cela ne signifie pas pour autant que la dualité de l'existence des personnes morales constituées par E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ soit abusive. En effet, il n'apparaît aucunement que cette indépendance juridique des deux sociétés avait pour objectif et dans sa finalité d'éluder la loi ou une quelconque obligation contractuelle envers un tiers, ceci de manière abusive. On relèvera en particulier que l'existence du F\_\_\_\_\_ est antérieure à la création d'E\_\_\_\_\_ et que le fonctionnement du fonds, du management du F\_\_\_\_\_,

- 23/31 - P/4010/2009 de la rémunération des organes et des commissions perçues pour la gestion de F\_\_\_\_\_ étaient transparents et portés à la connaissance de tous les intéressés, à l'instar du fonctionnement de nombre de fonds de placement dotés de la personnalité morale créés à l'initiative de banques, sans qu'une telle pratique puisse être qualifiée d'abusive en soi. F\_\_\_\_\_ a ainsi existé durant plus de dix ans sans qu'aucun problème ne soit décelé en rapport à son actionnariat. Ce n'est qu'à l'occasion de la découverte de la fraude "G\_\_\_\_\_" que des problèmes sont survenus, lesquels ne sont pas dus à la dualité de l'existence de F\_\_\_\_\_ et d'E\_\_\_\_\_. Au demeurant, le fait que ni F\_\_\_\_\_, ni le Fonds, ni E\_\_\_\_\_ n'ont ouvert une action judiciaire contre C\_\_\_\_\_ n'est pas déterminant car ils auraient été en mesure de le faire, s'ils l'avaient voulu, étant rappelé que l'intimé a quitté toutes ses fonctions au sein de ces sociétés au plus tard courant septembre 2008. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de la transparence pour retenir que le devoir de gestion de C\_\_\_\_\_ envers le F\_\_\_\_\_ était dû à l'identique envers A\_\_\_\_\_.

#### **E. 5**

L'appelant allègue que sa situation de porteur de part dans F\_\_\_\_\_ était analogue au droit de créance en restitution du titulaire d'un compte bancaire. L'appelant n'explique pas en quoi la situation de porteur de part qu'il évoque est susceptible d'étayer sa qualité de partie plaignante en regard des faits de gestion déloyale reprochés à C\_\_\_\_\_. L'appelant fait probablement référence aux obligations de mandataire qui accompagnent usuellement un tel contrat. Cela étant, la position de l'acquéreur de parts de participation d'un fonds de placement constitué en personne morale ne saurait être comparée à celle du titulaire d'un compte bancaire. L'investissement dans un fonds de placement spéculatif présente des risques, aucune garantie n'étant donnée quant à la récupération de l'investissement et sa perte étant présentée comme possible, ce qui n'est pas le cas du titulaire d'un compte bancaire. En outre, il ressort du dossier que F\_\_\_\_\_, en tant que personne morale dotée

d'avoirs et de créances, a continué d'exister postérieurement à la fraude "G\_\_\_\_\_".  
L'appelant ne semble pas avoir agi directement envers cette personne morale. Il ressort également du dossier que des mesures ont été prises par le fonds pour offrir aux actionnaires l'échange d'actions avec celles d'une autre société susceptibles d'être vendues. A\_\_\_\_\_ dispose toujours à cet égard, envers F\_\_\_\_\_, des droits liés à ses parts de participation. Il ne paraît ainsi pas avoir utilisé les moyens à disposition.

## **E. 6**

A\_\_\_\_\_ allègue une gestion d'affaire sans mandat entre E\_\_\_\_\_ et lui-même.

### **E. 6.1**

Les règles sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) s'appliquent lorsqu'une personne (le gérant) agit dans la sphère juridique d'autrui (le maître) sans

- 24/31 - P/4010/2009 autorisation de celui-ci, ni obligation à son égard (A. HERITIER LACHAT, Commentaire romand CO, op. cit., n. 2 introduction aux art. 419-424 CO). Elle vise les rapports juridiques qui résultent du fait qu'une personne exécute des actes de gestion dans la sphère juridique d'autrui, sans y être obligée ni autorisée (P. TERCIER, C. BIERI, B. CARRON, Les contrats spéciaux, 2016, n° 5281).

### **E. 6.2**

En l'espèce, il sera relevé que A\_\_\_\_\_ a librement procédé à l'achat de parts de F\_\_\_\_\_ alors qu'il savait qu'il s'agissait d'une personne juridique autonome dont la gestion était exercée par E\_\_\_\_\_. Le devoir de gérant de C\_\_\_\_\_ s'est exercé envers F\_\_\_\_\_, respectivement J\_\_\_\_\_, dans la sphère juridique et le patrimoine desquelles il est intervenu et non en rapport au patrimoine de A\_\_\_\_\_ sur lequel l'intimé n'avait pas de droit de disposition particulier. Les éléments de faits précités et ceux ressortant du dossier ne présentent pas les caractéristiques d'une intervention spontanée de l'intimé dans les affaires du demandeur pertinente au regard de l'art. 419 CO. Ainsi, l'on ne saurait retenir que l'intimé a agi dans la sphère juridique de l'appelant mais bien plutôt dans celle de F\_\_\_\_\_, les règles de la gestion d'affaires sans mandat n'étant dès lors pas applicables.

## **E. 7**

7.1.1. L'art. 9 CPP consacre la maxime d'accusation Selon cette disposition, une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits. En effet, le prévenu doit connaître exactement les faits qui lui sont imputés et les peines et mesures auxquelles il est exposé, afin qu'il puisse s'expliquer et préparer efficacement sa défense (ATF 126 I 19 consid. 2a p. 21 ; ATF 120 IV 348 consid. 2b p. 353). Le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation (principe de l'immutabilité de l'acte d'accusation), mais peut s'écarter de l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public (art. 350 al. 1 CPP), à condition d'en informer les parties présentes et de les inviter à se prononcer (art. 344 CPP). Les art. 324 ss CPP règlent la mise en accusation, en particulier le contenu strict de l'acte d'accusation Selon l'art. 325 CPP, l'acte d'accusation désigne notamment les actes reprochés au prévenu, le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur (let. f) ; les infractions réalisées et les dispositions légales applicables de l'avis du ministère public (let. g). En d'autres termes, l'acte d'accusation doit contenir les faits qui, de l'avis du ministère public, correspondent à tous les éléments constitutifs de l'infraction reprochée au prévenu

(arrêt du Tribunal fédéral 6B\_489/2013 du 9 juillet 2013 consid. 1.1). La description des faits reprochés dans l'acte d'accusation doit être la plus brève possible (art. 325 al. 1 let. f CPP). Celui-ci ne poursuit pas le but de justifier ni de prouver le bien-fondé des allégations du ministère public, qui sont discutées lors des débats. Aussi le ministère public ne doit-il pas y faire mention des preuves ou des considérations

- 25/31 - P/4010/2009 tendant à corroborer les faits (L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, op. cit., n. 5 et 7 ad art. 325). Par ailleurs, il va de soi que le principe de l'accusation ne saurait empêcher l'autorité de jugement, au besoin, de constater des faits permettant de réfuter les contestations et allégations du prévenu, qu'il n'incombe pas au ministère public de décrire par le menu dans l'acte d'accusation (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_28/2016 du

## **E. 7.2**

En l'espèce, l'acte d'accusation du 25 septembre 2015 décrit dès sa page 10, les différents actes que le MP reproche au prévenu. La phrase introductive des devoirs qui sont considérés par le Ministère public comme violés est : "En 2008, C\_\_\_\_\_ n'a pas respecté son devoir de gérant du F\_\_\_\_\_, en particulier : - sur les contreparties du fonds dont il a affirmé qu'il y en avait plus que dix ...; - sur le dépôt des avoirs du fonds dont il a affirmé qu'ils étaient séparés ..., - sur le devoir de "Due diligence" quant à la délégation de la stratégie de placement auprès de I\_\_\_\_\_ ..., - sur la surveillance de la gestion au quotidien du "feeder fund" ...; - sur la surveillance de la stratégie de gestion qui devait respecter une liste de 50 actions de la liste formant l'indice Standard and Poor's 100 ...;

- 27/31 - P/4010/2009 C\_\_\_\_\_ avait identifié les risques liés au "feeder fund" depuis plusieurs années et les a écartés pour continuer à assurer avec E\_\_\_\_\_ la responsabilité de la gestion du F\_\_\_\_\_ et pour encaisser des revenus très importants sur ce "feeder fund", en agissant dans son intérêt pour obtenir un enrichissement personnel au détriment des intérêts des investisseurs dans F\_\_\_\_\_, dont A\_\_\_\_\_ ... ses manquements dans la direction de E\_\_\_\_\_ pour la gestion du fonds F\_\_\_\_\_ ayant permis à ce "feeder fund" d'exister et d'absorber l'argent des investisseurs et de le faire disparaître dans une des plus grandes escroqueries aux investissements de l'histoire".

Conformément à la jurisprudence citée sous 7.1.1. supra, la CPAR est tenue dans son examen par le libellé de l'acte d'accusation, lequel ne reproche ni ne décrit des éléments constitutifs d'escroquerie dans les actes reprochés à l'intimé. Tels que décrits dans l'acte d'accusation, les différents actes de gestion reprochés à l'intimé par le Ministère public ne visent ainsi expressément que la violation par C\_\_\_\_\_ de ses devoirs de gérant de F\_\_\_\_\_ et du patrimoine de ce dernier à l'exclusion de devoirs de gérant dont il serait redevable envers A\_\_\_\_\_ qui ne sont pas décrits. Si l'acte d'accusation fait ultérieurement mention de ce dernier et des investisseurs, c'est uniquement pour souligner le lien de C\_\_\_\_\_ avec un enrichissement, qualifié d'illégitime, sans que cela ne fasse partie des actes de gestion reprochés. L'acte d'accusation ne correspond ainsi pas à une accusation de gestion déloyale commise envers A\_\_\_\_\_. De surcroît, à la lumière des jurisprudences précitées, seul F\_\_\_\_\_, personne morale distincte, apparaît comme directement lésée dans son patrimoine propre en regard des devoirs dont il est reproché la violation à C\_\_\_\_\_, le détenteur d'actions de participation dans F\_\_\_\_\_, tel A\_\_\_\_\_, n'étant qu'indirectement touché. A la différence d'un contrat bancaire de compte courant entre parties, tel qu'évoqué par l'appelant, pour justifier d'une position de lésé direct, la relation juridique intervenue relève

du droit des sociétés et de l'entité juridique distincte, avec patrimoine social propre, que constitue F\_\_\_\_\_, qui ne se confond pas avec l'intimé. Les principes retenus par le Tribunal fédéral dans son arrêt 1B\_29/2015 précité restent applicables au cas d'espèce même si l'état de fait est différent. Faute d'être directement lésé, la qualité de partie plaignante de A\_\_\_\_\_ doit ainsi être niée. Il s'en suit que son appel est irrecevable. 8. 8.1.1. L'indemnité de l'art. 429 al. 1 let. a CPP est en principe due par l'État (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1309), en vertu de sa responsabilité causale dans la conduite des procédures pénales (ATF 142 IV 237 consid. 1.3.1 p. 239). Encore faut-il que l'assistance d'un

- 28/31 - P/4010/2009 avocat ait été nécessaire, compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit, et que le volume de travail de l'avocat était ainsi justifié (Message, *ibid.*). Une partie de la doctrine prône qu'aussitôt qu'une procédure touchant à un crime ou à un délit n'est pas classée suite à l'audition du prévenu, celui-ci a droit à l'assistance d'un avocat (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, n. 14 ad art. 429). Les honoraires d'avocat se calculent selon le tarif local, à condition qu'ils restent proportionnés (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2ème éd, Zurich 2013, n. 7 ad art. 429). Le juge dispose d'une marge d'appréciation à cet égard, mais ne devrait pas se montrer trop exigeant dans l'appréciation rétrospective qu'il porte sur les actes nécessaires à la défense du prévenu (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, n. 19 ad art. 429). Le Tribunal fédéral considère que, avec la doctrine majoritaire, l'indemnité visée par l'art. 429 al. 1 let. a CPP doit correspondre au tarif usuel du barreau applicable dans le canton où la procédure se déroule et englober la totalité des coûts de défense (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_392/2013 du 4 novembre 2013 consid. 2.3 et les références citées). La Cour de justice applique au chef d'étude un tarif horaire de CHF 450.- (ACPR/112/2014 du 26 février 2014, renvoyant à SJ 2012 I 175 ; ACPR/279/2014 du 27 mai 2014, ACPR/21/2014 du 13 janvier 2014) ou de CHF 400.- (ACPR/282/2014 du 30 mai 2014).

8.1.2. Lorsque l'appel a été formé par la seule partie plaignante, on ne saurait perdre de vue le fait qu'il n'y a plus aucune intervention de l'État tendant à poursuivre la procédure en instance de recours. La situation est dans ce cas assimilable à celle prévue par l'art. 432 CPP, applicable à la procédure d'appel par le renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP, dans la mesure où la poursuite de la procédure relève de la volonté exclusive de la partie plaignante. Il est donc conforme au système élaboré par le législateur que, dans un tel cas, ce soit cette dernière qui assume les frais de défense du prévenu devant l'instance d'appel. Dès lors, en cas de rejet de l'appel formé par la seule partie plaignante, les frais de défense du prévenu doivent être mis à la charge de celle-ci (ATF 139 IV 45 consid.).

## **E. 10**

octobre 2016 consid. 2.1). L'art. 405 al. 1 CPP prévoit que les dispositions sur les débats de première instance s'appliquent par analogie aux débats d'appel. L'étendue des débats d'appel est ainsi circonscrite par l'acte d'accusation (art. 325 CPP - arrêt du Tribunal fédéral 6B\_845/2014 du 16 mars 2015 consid. 2.3.). 7.1.2. En matière de gestion déloyale, pour être directement touché, le lésé doit subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les personnes subissant un préjudice indirect ou par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.1 et les références doctrinales citées), soit notamment le cessionnaire, la personne subrogée ex contractu, l'actionnaire ou l'ayant droit économique d'une personne morale, en cas d'infraction

commise à son détriment (G. PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse, 2006, p. 656 n. 1027). 7.1.3. Lorsqu'une infraction contre le patrimoine est perpétrée au détriment d'une personne morale, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion des actionnaires, des ayants droit économiques et des créanciers, lesquels ne sont considérés comme atteints qu'indirectement, du fait de leur lien avec le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction (arrêts du Tribunal fédéral 1B\_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.1 et 2.3.2 et 1B\_294/2013 du 24 septembre 2013 consid.

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