

## **GE\_GERICHTE AARP/564/2014 vom 5. Januar 2015**

GE Cour de justice, 2015-01-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_564\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_564_2014)

FR: GE\_GERICHTE AARP/564/2014 du 5 janvier 2015

IT: GE\_GERICHTE AARP/564/2014 del 5 gennaio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 15**

; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_664/2007 du 18 janvier 2008 consid. 3.2.4). 3.3.3. Pour statuer sur la suspension partielle de l'exécution d'une peine, le juge doit tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur. Or, cette notion de faute, définie à l'art. 47 al. 2 CP, constitue avant tout un critère d'appréciation pour la fixation de la peine. Pour savoir si un sursis partiel paraît nécessaire en raison de la faute de l'auteur et de ses perspectives d'amendement, on ne peut faire référence de la même manière au critère de la culpabilité tel que prévu à l'art. 47 al. 2 CP. En effet, lorsque le juge statue sur la question du sursis, il a déjà fixé la quotité de la peine et il ne s'agit plus que de définir sa forme d'exécution appropriée. Reste que la loi lie la question de la peine, qui doit être mesurée à la faute commise, et celle du sursis en ce sens que ce dernier est exclu pour les peines supérieures à deux ans. La nécessité d'une peine privative de liberté assortie d'un sursis partiel résulte alors de la gravité de la faute, lorsque cette peine se situe entre deux et trois ans. Dans ce cas, la notion de faute trouve pleinement sa place (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.3). 3.3.4. Aux termes de l'art. 44 al. 1 CP, si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans. Dans le cadre ainsi fixé par la loi, la durée du délai d'épreuve est à déterminer en fonction des circonstances du cas, en particulier selon la personnalité et le caractère du condamné, ainsi que du risque de récidive. Plus celui-ci est important plus long doit être le délai d'épreuve et la pression qu'il exerce sur le condamné pour qu'il renonce à commettre de nouvelles infractions (ATF 95 IV 121 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_16/2009 du 14 avril 2009 consid. 2). 3.4.1. En l'occurrence, la faute de l'appelant A\_\_\_\_\_ est lourde. Par l'intermédiaire de AL\_\_\_\_\_, il a décidé de perpétuer les activités de BC\_\_\_\_\_ en sachant que celles-ci étaient douteuses. Sans bénéficier d'aucun fonds propre ni de l'expérience et des connaissances nécessaires, il a mis en place une structure qu'il a volontairement financée à l'aide des avoirs de ses investisseurs, pour la plupart, petits épargnants dont certains retraités. Dès la création de AL\_\_\_\_\_, il a utilisé indûment cet argent pour rembourser les prêts de tiers pour la libération du capital-actions de CHF 200'000.-, avant d'en faire de même avec les propres clients de AL\_\_\_\_\_ et le

- 35/44 - P/6783/2008 paiement des frais de fonctionnement de la société. Alors même qu'il aurait pu choisir de mettre un terme à cette débâcle après les échecs des transactions effectuées en 2006 et 2007, il n'a pas hésité à persister dans ses mensonges auprès de ses investisseurs, notamment en prétendant l'aboutissement d'une vente d'or consécutive à l'automne 2006, alors qu'il savait cet élément décisif pour nombre d'entre eux, ainsi qu'en présentant pour acquises des simulations fictives visant les supposés rendements de « hedge funds » indisponibles. Sa stratégie s'est étendue jusqu'à faire appel à des tiers, commissionnés, pour assurer l'affluence de capitaux, servant à rembourser les clients

mécontents et acquitter les frais de fonctionnement de la société, pour certains somptuaires, dont sa rémunération et ses frais personnels. L'appelant A\_\_\_\_\_ disposait d'un pouvoir total sur les comptes bancaires de AL\_\_\_\_\_. Il gérait lui-même la trésorerie de ses clients, et par conséquent la distribution et l'utilisation de cet argent. Il a licencié certains collaborateurs (U\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, etc.) de AL\_\_\_\_\_, après que ceux-ci lui ont fait part de leurs doutes. Son mode de gestion a rendu impossible la tenue d'une comptabilité. Sa connaissance de la situation financière de sa société était entière. Il s'est pourtant entêté dans un endettement croissant. Ainsi, sur une période de plus de deux ans, ses agissements ont porté sur une somme totale d'environ EUR 3,6 mio, provenant de plus de 70 lésés, par seul appât du gain. Sa collaboration au cours de l'instruction a été quelconque. Il a d'abord garanti être capable de rembourser la totalité de ses clients. Ce n'est qu'une fois confronté aux preuves du dossier qu'il a confirmé les éléments soumis. Il n'a apporté aucune information supplémentaire susceptible de contribuer à l'efficacité de l'enquête. Même la fourniture des relevés du compte bancaire auprès de AS\_\_\_\_\_ n'est intervenue qu'après l'envoi de la commission rogatoire au Liechtenstein plusieurs mois auparavant. Il a toutefois accepté la transmission de ces documents alors qu'il était détenu. En dépit de ses aveux, l'appelant A\_\_\_\_\_ ne démontre aucune prise de conscience particulière de son comportement délictueux. A sa sortie de prison, après 160 jours de détention préventive, il projetait encore de reprendre ces activités avec l'appelant B\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_. Certaines de ses déclarations ont été partielles, notamment quant à l'utilisation de la somme d'EUR 135'000.- versée à CB\_\_\_\_\_ qu'il n'a admis qu'en appel. Il a même tenté de minimiser les faits reprochés, qu'il dit pourtant reconnaître. Ses antécédents judiciaires sont mauvais, mais également spécifiques. Alors même qu'il poursuivait ses activités avec AL\_\_\_\_\_, il a été condamné par le Tribunal correctionnel de Bordeaux pour des faits similaires. Cette condamnation ne l'a toutefois pas dissuadé d'adopter un comportement illégal, attentatoire aux intérêts patrimoniaux d'autrui.

- 36/44 - P/6783/2008 Ces circonstances sont d'autant plus difficilement compréhensibles que la situation personnelle de l'appelant A\_\_\_\_\_ apparaît plutôt favorable. Son diplôme d'ingénieur, ses connaissances en informatique, son cursus professionnel et ses capacités intellectuelles constituent autant de facteurs propices à l'exercice d'une activité professionnelle légale. La responsabilité de l'appelant A\_\_\_\_\_ est entière. Compte tenu de ce qui précède, la peine privative de liberté de 36 mois (sous déduction de 160 jours de détention avant jugement) infligée par les premiers juges n'apparaît excessive et même relativement clémente. Les conditions présidant à l'octroi d'un sursis complet ne sont pas réalisées, tant par les antécédents de l'appelant A\_\_\_\_\_ que par la quotité de la peine. Quant au sursis partiel, son bénéfice lui est acquis. Vu l'obstination de l'appelant A\_\_\_\_\_ à entreprendre des affaires illicites au détriment de tiers, ce en dépit de deux précédentes condamnations pour lesquelles des peines avec sursis lui avaient été infligées, une sanction composée d'un emprisonnement ferme est seule à contenir le risque de récidive. En conséquence, la peine décidée par les premiers juges apparaît adéquate, tant dans sa quotité que dans la durée du délai d'épreuve, dans la mesure où elle tient compte du bon comportement de l'appelant A\_\_\_\_\_ depuis sa libération provisoire. Le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point. 3.4.2. Bien que l'appelant B\_\_\_\_\_ disposait d'un pouvoir décisionnel moindre par rapport à celui de l'appelant A\_\_\_\_\_, la faute de celui-ci n'en demeure pas moins lourde. A l'évidence, il a exercé un rôle actif et influent dans la création et la poursuite des activités de AL\_\_\_\_\_. Ayant travaillé précédemment pour BC\_\_\_\_\_, auprès de laquelle il avait rencontré l'appelant A\_\_\_\_\_, il connaissait les particularités des

contrats proposés, de même que le fonctionnement de leur société basé sur les investissements de leurs clients. La fausseté de ses prétendues connaissances en matière de négoce d'or a constitué un facteur aggravant dans les difficultés commerciales de AL\_\_\_\_\_, puisque son incapacité à conclure avec succès des opérations dans ce domaine pour atteindre les quantités nécessaires à la bonne marche des affaires a notamment été la cause des pertes et frais compensés par les avoirs des clients. S'il est vrai que les comptes bancaires de AL\_\_\_\_\_ étaient gérés par l'appelant A\_\_\_\_\_, l'appelant B\_\_\_\_\_ conservait la possibilité de mettre un terme à son activité. Il a toutefois décidé de persévérer dans cette voie même après avoir pris connaissance du contrat HEDGE FUND et de la brochure de présentation y relative.

- 37/44 - P/6783/2008 Par la suite, il a même créé une nouvelle société \_\_\_\_\_ avec E\_\_\_\_\_, active dans le négoce d'or. Le comportement de l'appelant B\_\_\_\_\_ a été motivé par le seul appât du gain dans le but de s'assurer un train de vie confortable. Sa collaboration a été mauvaise. Tout au long de l'instruction, il a persisté à nier les faits et à minimiser son implication dans les affaires de AL\_\_\_\_\_ alors que celle-ci a été déterminante. Il s'est contenté de reporter la totalité de la faute sur l'appelant A\_\_\_\_\_ en s'accommodant de l'illicéité des agissements de son associé. Après son arrestation à laquelle il a assisté, l'appelant B\_\_\_\_\_ a poursuivi les activités illicites de la société, notamment en transportant et vendant les 7,149 kg d'or à la fonderie \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_ en septembre 2008, ainsi qu'en ordonnant plusieurs transferts d'argent en faveur de personnes résidant en \_\_\_\_\_ en novembre et décembre 2008. Il est même allé jusqu'à prélever sur le compte bancaire de BH\_\_\_\_\_ le montant de la caution de l'appelant A\_\_\_\_\_. L'appelant B\_\_\_\_\_ est bien inséré socialement et rien dans son parcours personnel n'explique son comportement déviant. Sa responsabilité est entière. L'appelant B\_\_\_\_\_ n'a pas d'antécédents judiciaires, ce qui est toutefois neutre sur la fixation de la peine (ATF 136 IV 1 consid. 2.6). Au vu de ce qui précède, une peine privative de liberté de 24 mois apparaît proportionnée à sa culpabilité. Le bénéfice du sursis lui est acquis. Le jugement sera donc confirmé sur ce point. 4) 4.1. En vertu de l'art. 126 al. 1 let. a CPP, le tribunal statue sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il rend un verdict de culpabilité à l'encontre du prévenu.

Le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard durant les plaidoiries (art. 123 al. 2 CPP).

4.2.1. Selon l'art. 41 al. 1 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), chacun est tenu de réparer le dommage qu'il cause à autrui d'une manière illicite, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence. La preuve du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 CO). La responsabilité délictuelle instituée par l'art. 41 CO requiert que soient réalisées cumulativement quatre conditions, soit un

- 38/44 - P/6783/2008 acte illicite, une faute de l'auteur, un dommage et un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'acte fautif et le dommage (ATF 132 III 122 consid. 4.1 p. 130).

4.2.2. En l'espèce, l'appelant D\_\_\_\_\_ réclame le remboursement de la somme d'EUR 150'000.- qu'il a versée sur le compte AU\_\_\_\_\_ de AL\_\_\_\_\_ le 21 juillet 2008, selon un contrat HEDGE FUND conclu le même mois. La preuve de ce virement bancaire ressort des relevés de compte figurant au dossier, sans qu'il ne soit indiqué que l'appelant aurait perçu un quelconque paiement en retour.

A cet égard, le fait que l'acte d'accusation oublie de mentionner – vraisemblablement en raison d'une erreur de plume – le montant de cet investissement ne saurait prêterit la partie plaignante D\_\_\_\_\_ de ses droits dès lors qu'elle les a valablement fait valoir au cours de la procédure et a dûment pris des conclusions civiles en ce sens par-devant l'autorité de première instance, alors même qu'elle n'était pas assistée d'un conseil.

Dès lors, il y a lieu de condamner les appelants A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, conjointement et solidairement, à payer la somme d'EUR 150'000.- à l'appelant D\_\_\_\_\_ à titre de réparation du dommage matériel. 4.3.1. Conformément à l'art. 49 CO, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. Pour ouvrir le droit à l'octroi d'une indemnité, l'atteinte subie doit être objectivement grave et être ressentie par l'intéressé comme une souffrance morale. A défaut, aucune indemnisation ne peut lui être accordée. Pour que le juge puisse se faire une image précise de l'origine et de l'effet de l'atteinte illicite, le lésé doit alléguer et prouver les circonstances objectives desquelles on peut inférer la grave souffrance subjective qu'il ressent (ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74s ; ATF 120 II 97 consid. 2b p. 98s). La gravité de l'atteinte à la personnalité suppose en tout cas une atteinte extraordinaire, dont l'intensité dépasse l'émoi ou le souci habituel, de telle sorte qu'elle peut fonder une prétention particulière contre son auteur, alors que la vie exige de chacun qu'il tolère de petites contrariétés (AARP/148/2013 du 4 avril 2013). 4.3.2. In casu, les premiers juges ont alloué à la partie plaignante C\_\_\_\_\_ la somme d'EUR 88,73, plus intérêts à 5% dès le 27 février 2013, à titre de réparation de son dommage matériel consistant en ses frais de déplacement. Celle-ci réclame également le versement d'un montant de CHF 5'000.- à titre d'indemnité pour tort moral. A cet égard, si l'appelante C\_\_\_\_\_ a certes subi une perte financière du fait des agissements des appelants et que les relations d'affaires avec eux se sont révélées problématiques, elle n'a pas pour autant fait état d'une souffrance particulière,

- 39/44 - P/6783/2008 alléguant seulement que « la perte de cette forte somme d'argent [lui a] été très préjudiciable dans la mesure où [elle n'a] pas de revenus considérables » et qu'elle n'a ainsi pas pu percevoir « la part des intérêts conventionnels » qui lui auraient été versés en cas de placement de ses avoirs auprès d'une banque. Or, les intérêts moratoires à 5 % dès le 26 février 2007 sur la somme d'EUR 20'000.- correspondant à son investissement, alloués en première instance, vise précisément à réparer cet aspect. En outre, l'appelante C\_\_\_\_\_ n'a pas expliqué dans quelle mesure les agissements des prévenus étaient de nature à lui occasionner une atteinte objectivement grave à la personnalité, qu'elle aurait ressentie comme telle, et n'a versé à la procédure aucun document en témoignant. Elle n'a ainsi pas démontré subir une atteinte atteignant le seuil des souffrances justifiant l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 49 CO. C'est donc à juste titre que les premiers juges n'ont pas fait droit à sa requête. 5) 5.1. Aux termes de l'art. 73 al. 1 CP, si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction, les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais (let. b) ou les créances compensatrices (let. c). Conformément au texte de la loi, l'allocation au lésé n'est accordée que sur requête de celui-ci et n'intervient pas d'office (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_659/2012 du 8 avril 2013 consid. 3.1). Lorsque les conditions de l'art. 73 al. 1 CP sont remplies, le juge doit

procéder à l'allocation demandée ; l'Etat doit ainsi impérativement renoncer aux valeurs confisquées au profit du lésé (arrêt du Tribunal fédéral 1P.189/2000 du 21 juin 2000, consid. 4b), lequel doit avoir subi un dommage direct qui se détermine en application des principes des art. 41ss CO et qui doit être fixé judiciairement ou en accord avec le délinquant (arrêt du Tribunal fédéral 6S.203/2004 du 15 juin 2006 consid. 4.1). Le juge ne peut toutefois ordonner cette mesure que si le lésé cède à l'Etat une part correspondante de sa créance (art. 73 al. 2 CP), de façon à éviter qu'il ne se retrouve en fin de compte enrichi (arrêt du Tribunal fédéral 6S.203/2004 du 15 juin 2006 consid. 4.1). Comme condition impérative, la cession doit avoir lieu avant que le tribunal statue sur la question de l'octroi de l'allocation au sens de l'art. 73 CP. Cela signifie que le lésé doit formuler sa déclaration de cession inconditionnelle avant le prononcé de la décision. L'octroi d'une allocation, sous la condition qu'une telle cession va encore intervenir, n'est pas autorisée, dès lors qu'il n'existe ensuite aucun moyen pour contraindre le lésé à une telle cession et que celle-ci n'intervient pas non plus simplement de par la loi (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_190/2010 du 16 juillet 2010 consid. 2). Une obligation, à charge des autorités, de rendre le lésé attentif au contenu de l'art. 73 al. 2 CP ne peut, tout au plus, être envisagée lorsque le

- 40/44 - P/6783/2008 lésé n'est pas versé dans la matière juridique ou assisté d'un avocat (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_190/2010 du 16 juillet 2010 consid. 2). Le Tribunal fédéral a notamment rejeté une requête en allocation au lésé déposée une fois l'arrêt cantonal définitif et exécutoire au motif que le recourant, bien qu'assisté d'un avocat, n'avait jamais mentionné, au cours de la procédure cantonale, une éventuelle cession à l'Etat d'une part correspondante de sa créance (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_190/2010 du 16 juillet 2010 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral a également considéré qu'est seul déterminant le caractère définitif et exécutoire de la décision allouant les avoirs au lésé. Il a été retenu que dans l'hypothèse où le jugement cantonal n'a pas fait l'objet d'un recours sur la question de l'allocation au lésé de la part des recourants, ceux-ci, qui avaient participé à la procédure au fond, étaient assistés d'un avocat et savaient que les avoirs n'étaient pas suffisants pour couvrir l'entier des prétentions civiles des lésés, n'étaient plus fondés à remettre en cause ce point (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_659/2012 du 8 avril 2013 consid. 3.3). Ainsi, l'allocation au lésé de valeurs patrimoniales confisquées peut être demandée jusqu'à l'expiration du délai de prescription du droit de confisquer, le cas échéant même en procédure d'appel (C. FAVRE/ M. PELLET/ P. STOUDEMANN, Code pénal annoté, Lausanne 2011, n. 1.3 ad art. 73). Enfin, de jurisprudence constante, les prétentions fondées sur les art. 70 al. 1 et 73 CP ne sont pas de nature civile. La confiscation prononcée en application de l'art. 70 al. 1 CP constitue une mesure prise dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs et non pour satisfaire une prétention de droit privé. La prétention fondée sur l'art. 73 CP tend quant à elle au versement de prestations par l'Etat et relève donc du droit public (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_938/2013 du 10 février 2014 consid. 1.3.1 et les références citées). 5.2.1. Dépourvue de l'assistance d'un conseil et dûment dispensée de comparaître, l'appelante C\_\_\_\_\_ n'était ni présente ni représentée aux débats de première instance, au cours desquels les premiers juges ont avisé les parties plaignantes du contenu de l'art. 73 CP. Toutefois, dès qu'elle a eu connaissance du jugement et par là-même de la possibilité de requérir une allocation au lésé, elle a formé une demande en ce sens par-devant la juridiction d'appel, soit au cours de la procédure cantonale et avant que la décision au fond ne devienne définitive et exécutoire. Il s'ensuit que la requête de la partie plaignante C\_\_\_\_\_ doit être admise, dès lors qu'elle ne saurait être considérée comme une conclusion civile soumise aux conditions de recevabilité de l'art. 123 CPP. 5.2.2. Dans ce

contexte, la répartition au marc le franc effectuée par les premiers juges doit être complétée et actualisée ainsi :

- 41/44 - P/6783/2008 Partie plaignante dommage intérêts si requis total

quote part AI \_\_\_\_\_

€ 266'000.- € 107'201.65 € 363'201.65 68,11 %

(01.11.06 – 22.12.14) O \_\_\_\_\_

€ 40'000.- non

€ 40'000.- 7,50 % AC \_\_\_\_\_

€ 6'010.- € 2'309.30

€ 23'182.75 4,35 %

(17.04.07 – 22.12.14)

+ € 14'863.45 T \_\_\_\_\_

€ 79'010.- non

€ 79'010.- 14,82 % C \_\_\_\_\_

€ 20'000.- € 7'821.90

€ 27'821.90 5,22 %

(26.02.07 – 22.12.14)

Total € 411'020.-

€ 533'216.30 100 % Le jugement entrepris sera réformé en conséquence. 6) Les appelants A \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_, qui succombent pleinement, supporteront, chacun pour moitié les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP). \* \* \* \* \*

- 42/44 - P/6783/2008

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