

GE_GERICHTE ACPR/162/2014 vom 21. März 2014

GE Cour de justice, 2014-03-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_162_2014

FR: GE_GERICHTE ACPR/162/2014 du 21 mars 2014

IT: GE_GERICHTE ACPR/162/2014 del 21 marzo 2014

Erwägungen

E. 1.1

Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 393 et 396 CPP). Il concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (20 al. 1 let. a et 393 al. 1 let. b CPP et art. 128 al. 1 let. a et al. 2 let. a LOJ) et émane des personnes qui se sont vu refuser la qualité de partie plaignante et qui ont donc qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision entreprise (art. 104 al. 1 let. b, 118 et 382 CPP).

E. 1.2

Les recourants ont conclu, préalablement, à l'octroi d'un droit de consultation du dossier "dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts" et à la possibilité de compléter leurs écritures.

L'occasion a été donnée aux recourants de répliquer et ils n'ont effectué aucune démarche concrète afin de prendre connaissance du dossier auprès de la Chambre de céans.

Leurs conclusions préalables et conditionnelles sont donc devenues sans objet.

- 8/16 - P/18056/2012

E. 2

À teneur de l'art. 118 al. 1 CPP, seul peut se constituer partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil.

Selon l'art. 115 al. 1 CPP, il faut entendre par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. De surcroît, sont toujours considérés comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale au sens de l'art. 30 CP (art. 115 al. 2 CPP). 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 ; 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. Lorsque les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 8 ad art. 115). 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 l'infraction qui fait l'objet de la procédure à laquelle le lésé entend participer qui tend à sa protection (A. KUHN / Y. JEANNERET, op. cit., 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.

Pour être directement touché, l'intéressé doit, en outre, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 du 30 janvier 2012 consid. 2.1 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 (arrêt du Tribunal fédéral 1B_294/2013 du 24 septembre 2013 consid. 2.1). Selon une pratique constante et ancienne, la séparation des patrimoines de l'actionnaire et de la société anonyme conduit, sauf démonstration de l'existence d'un autre intérêt juridique, à considérer que l'actionnaire n'est pas lésé (soit touché directement) par les atteintes aux droits protégés pénalement dont est titulaire la société anonyme (arrêt du Tribunal fédéral 6B_680/2013 du 6 novembre 2013 consid. 3).

Le Tribunal fédéral avait cependant jugé que le gérant d'une filiale a non seulement l'obligation de veiller sur les intérêts pécuniaires de celle-ci, mais aussi de protéger les intérêts de la maison mère (soit l'actionnaire), lorsqu'un tel devoir découle de l'organisation et du but social de la filiale (ATF 109 IV 111 consid. 2 a) p. 113; A.

- 9/16 - P/18056/2012 GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualités, in RPS, 130/2012, p. 160 et suivantes, p. 181).

Si une partie plaignante invoque cumulativement plusieurs infractions, il suffit, pour admettre sa participation à la procédure, que l'une de ces dispositions, au moins, protège ses intérêts individuels et que les faits pouvant être mis en relation avec cette infraction-là présentent une vraisemblance suffisante en l'état considéré de l'instruction (ACPR/544/2013 du 12 décembre 2013).

E. 3.1

Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers, des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées.

Sur le plan objectif, l'infraction à l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP suppose que l'on soit en présence d'une valeur confiée, ce qui signifie que l'auteur en ait la possession en vertu d'un accord ou d'un autre rapport juridique, pour en faire un certain usage dans l'intérêt d'autrui (ATF 120 IV 276 consid. 2 p. 278 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_314/2011 du 27 octobre 2011 consid. 2.1). L'auteur n'en a ainsi pas la libre disposition et doit l'utiliser de la manière convenue (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne 2010, n. 19 ad art. 138 CP). Pour que l'on puisse parler d'une somme confiée, il faut que l'auteur agisse comme auxiliaire du paiement ou de l'encaissement, en tant que représentant direct ou indirect ; cette condition n'est pas remplie lorsque l'auteur reçoit l'argent pour lui-même, en contrepartie d'une prestation qu'il a fournie pour son propre compte, même s'il doit ensuite verser une somme équivalente sur la base d'un rapport juridique distinct.

L'inexécution de l'obligation de reverser une somme ne suffit pas à elle seule pour constituer un abus de confiance (ATF 118 IV 239 consid. 2b p. 241s ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.1.1). Il y a emploi illicite d'une valeur

patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_587/2012 du 22 juillet 2013 consid. 3.1.1 et 6B_809/2011 du 20 juillet 2012 consid. 1.1). L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la valeur patrimoniale à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il a données (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 p. 259 ; ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_587/2012 du 22 juillet 2013 consid. 3.1.1 et 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.1.1).

E. 3.2

L'art. 158 ch. 1 CP réprime le comportement de 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 (al. 1). Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine (al. 2). La peine sera

- 10/16 - P/18056/2012 aggravée si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

Sur le plan objectif, l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP suppose la réunion de quatre éléments, à savoir un devoir de gestion ou de sauvegarde, la violation de ce devoir, un dommage et l'intention.

E. 4

En l'occurrence, à teneur de l'ordonnance querellée, le Ministère public semble avoir envisagé le comportement dénoncé en ce qu'il aurait été commis au préjudice de SCI I._____ uniquement et consisterait donc en une violation des devoirs imposés au mis en cause à l'encontre de cette dernière.

De ce point de vue, l'ordonnance est justifiée, dès lors que les ayants droit économiques d'une société anonyme sont, de jurisprudence constante et bien établie, lésés de manière indirecte lorsqu'un préjudice est causé en premier lieu à la société. En outre, le but social de cette dernière ne contient aucun devoir chargeant son gérant de veiller aux intérêts de tiers, y compris envers une éventuelle société-mère, ce qui exclut la protection éventuelle et à titre exceptionnel d'un actionnaire.

Par conséquent, il est indiscutable que tout dommage causé à la société ne lèse que celle-ci en premier lieu et non d'éventuels ayants droit économiques, lesquels ne sauraient donc se constituer valablement partie plaignante. Ainsi, les recourants en leur qualité de potentiels ayants droit économiques de SCI I._____ ne sont pas lésés directement par les infractions envisagées ici et qui pourraient avoir été commises à son encontre. Ils ne peuvent donc pas se constituer partie plaignante dans un tel cas.

E. 5

Cependant, à regarder de plus près la mise en prévention dans la présente procédure, il est reproché au prévenu de s'être approprié indûment un certain montant en "exécutant de manière déloyale des instructions de transferts bancaires". Or, ces instructions n'émanaient manifestement pas de SCI I._____.

Bien que l'existence d'un rapport de fiducie ait été évoquée à plusieurs reprises par tous les intervenants, le Ministère public n'a pas examiné la qualité de partie plaignante des

recourants à l'aune d'une éventuelle infraction pénale commise lors de la violation des devoirs du prévenu en sa qualité de fiduciaire, voire d'organe d'une personne morale liée par un contrat de fiducie.

E. 5.1

Selon la doctrine, l'administrateur fiduciaire est une personne qui exerce un mandat d'organe en son nom propre, mais selon les instructions et dans l'intérêt d'un tiers (M. LAZOPOULOS, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Zürich 2004, p. 10). Cette personne se trouve dans une situation où ses obligations d'administrateur - envers la société pour laquelle elle assume la fonction d'organe - peuvent entrer en conflit avec ses obligations de

- 11/16 - P/18056/2012 fiduciaire - envers celui qui l'a "placé" au conseil d'administration. Les premières l'emportent sur les secondes, la responsabilité de l'administrateur n'étant ni exclue, ni atténuée par les circonstances qui relèvent de ses rapports avec son mandant (H. PETER, *L'avocat administrateur*, in *Défis de l'avocat au XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 424). En d'autres termes, dans tous les cas où l'administrateur doit tenir compte d'intérêts tiers, il est confronté à un dilemme que l'on qualifie en allemand de "doppelten Pflichtenexus". D'un côté, conformément à l'art. 717 al. 1 CO, le dirigeant doit tout faire pour favoriser l'intérêt social. D'un autre côté, il doit respecter les instructions du tiers. Pour surmonter cette difficulté, on admet généralement que l'administrateur fiduciaire peut, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, tenir compte de certains aspects des intérêts du fiduciaire. En revanche, dans la mesure où les intérêts de la société doivent en principe l'emporter, il ne peut y avoir une obligation à proprement parler de se conformer aux instructions du fiduciaire. Autrement dit, si le dirigeant, confronté à un conflit d'intérêts, n'a pas fait prévaloir l'intérêt social, il viole son devoir de fidélité (A. GARBARSKI, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Zürich 2006, p. 150 et suivante).

Ainsi, lorsque l'administrateur est lié par un contrat de fiducie envers un tiers, il devra répondre envers le fiduciaire d'une violation des règles du mandat, par exemple (M. LAZOPOULOS, *op. cit.*, p. 191 et suivantes).

Le Tribunal fédéral a, dans ce cadre, eu l'occasion d'examiner un cas où une société, contrôlée et administrée par un prévenu, détenait à titre fiduciaire pour un investisseur des actions d'une société tierce. La décision du prévenu d'acquiescer en son nom propre les actions détenues à titre fiduciaire par sa société remplissait les conditions d'un abus de confiance, dès lors que, agissant en tant qu'organe d'une personne morale, il s'était attribué personnellement et contrairement aux instructions reçues les actions détenues par sa société. Examinant la question d'une éventuelle confiscation, le Tribunal fédéral a considéré que la réparation octroyée par le prévenu à l'investisseur - qui avait entretemps renoncé à sa qualité de partie civile - valait réparation faite au lésé. Un éventuel dommage subi par la société du prévenu n'a pas été évoqué (arrêt 6B_528/2012 du 28 février 2013 consid. 4 et 5).

La jurisprudence cantonale genevoise a aussi rencontré un cas similaire où le prévenu détenait à titre fiduciaire les actions d'une société appartenant économiquement à un tiers. Ce même prévenu disposait aussi d'un droit de signature sur les comptes de la société dont il détenait les actions, mais s'était engagé contractuellement envers le tiers à n'utiliser les montants qui s'y trouvaient que conformément aux instructions reçues. Il s'était malgré cela versé indûment à lui-même un montant de plus de EUR 500'000.- et avait été condamné de

ce chef pour abus de confiance. Le tiers fiduciaire avait été admis partie plaignante au procès (AARP/424/2013 du 12 septembre 2013).

- 12/16 - P/18056/2012

E. 5.2

En l'espèce, le dossier ne permet pas de déterminer clairement en quelle qualité le prévenu agissait au sein de SCI I._____, en particulier s'il existait des liens de dépendance de nature fiduciaire, de quelle nature et à l'égard de quels tiers.

Le prévenu n'a jamais soutenu avoir été économiquement propriétaire de la société et de la villa qu'elle détenait, mais a seulement invoqué en être seul actionnaire et administrateur. Il a estimé ne pas avoir toujours agi à titre fiduciaire, reconnaissant donc par-là, d'une certaine manière, qu'un contrat de fiducie existait pour le surplus.

S'agissant des recourants, ils ont soutenu à réitérées reprises que le prévenu agissait pour le compte de B._____ dans la gestion de SCI I._____, ce que le Ministère public a tenu pour établi. Ce dernier a relevé l'existence d'un contrat de fiducie, tout en reconnaissant être, en l'état, dans l'impossibilité d'en préciser clairement les contours, et a admis qu'il était possible que SCI I._____, elle aussi, agisse à titre fiduciaire pour d'autres intervenants.

Ainsi, il existe des aspects du dossier qui n'ont pas été suffisamment éclaircis, s'agissant des rapports fiduciaires du prévenu avec des tiers, ce qui ne permet pas de les exclure.

Entre-temps, G._____ SA a demandé à se constituer partie plaignante un jour après le prononcé de l'ordonnance querellée.

En se fondant sur la thèse des recourants, seule pertinente à ce stade pour juger de leur qualité de partie plaignante, on aboutit à un schéma selon lequel le prévenu agissait au sein de SCI I._____ à titre fiduciaire pour, semble-t-il, B._____. Nanti d'instructions de paiements à exécuter sur un compte appartenant à la société, le prévenu n'a pas exécuté ces instructions, en violation du contrat de fiducie, privant par-là le fiduciaire d'un gain qui lui revenait juridiquement.

On constate donc que le comportement reproché ne consiste pas, selon la thèse des recourants, en une violation des devoirs du prévenu envers SCI I._____, mais de ceux, coexistant parallèlement en vertu d'un contrat de fiducie, dont le contenu n'a pas pu être définitivement arrêté.

Que le comportement reproché soit appréhendé sous l'angle d'un abus de confiance ou de gestion déloyale importe peu, dès lors qu'il n'aurait dans un tel cas pas été commis au préjudice de la société, mais du fiduciaire - dont l'identité n'est pas clairement déterminée - qui aurait confié le contrôle d'une société immobilière, dont il était très vraisemblablement le propriétaire économique, à un tiers pour qu'il la gère selon ses instructions.

Conformément à la casuistique fédérale et cantonale exposée ci-dessus, bien que la somme prélevée l'ait été sur un compte bancaire de la société, la lésion a pu être causée directement au fiduciaire, soit si le prévenu

- 13/16 - P/18056/2012 intervenait comme organe d'une personne morale obligée contractuellement à gérer fiduciairement un patrimoine immobilier (art. 29 CP), soit si la société elle-même était sous le contrôle du prévenu qui devait gérer cette dernière conformément aux instructions d'un fiduciaire, deux hypothèses qui restent à démontrer.

Dans une telle constellation, la jurisprudence citée par le Ministère public et le prévenu ne trouve pas application, dès lors que c'est la gestion de la société immobilière contrairement aux instructions reçues qui est visée (devoirs du fiduciaire) et non la mauvaise gestion d'un organe envers sa société (devoirs de l'administrateur), le patrimoine touché, et donc le bien juridiquement protégé, n'étant pas celui de la société, mais de l'ayant droit économique directement. Par conséquent, le fiduciaire, ayant la qualité de lésé direct, serait habilité à se constituer partie plaignante.

À soutenir le contraire, on laisserait complètement démunie le fiduciaire qui confie la propriété juridique d'une société à un fiduciaire, afin qu'il la gère, face à des actions pénales commises dans la gestion de la société, dès lors que le fiduciaire, contrôlant par hypothèse la personne morale, ne prendra, naturellement, aucune mesure pour que celle-ci le poursuive lui-même.

Il incombe donc au Ministère public de clarifier les aspects fiduciaires de la cause en identifiant qui avait le contrôle juridique et économique de SCI I. _____ et en vertu de quel acte juridique, ce qui revient à éclaircir la raison et les fondements juridiques de la reprise du management de SCI I. _____ par le prévenu et à identifier qui assumait, cas échéant, le rôle de fiduciaire, donc, potentiellement, qui revêtait la qualité de lésé.

Étant donné qu'il est probable que le Ministère public aura à se prononcer sur la constitution de partie plaignante de G. _____ SA et que le dossier n'est pas en état d'être jugé, il se justifie donc de lui renvoyer la cause pour qu'il procède selon les considérants.

E. 6

Partiellement fondé, le recours doit être admis.

Le refus de reconnaître la qualité de partie plaignante aux recourants contre une infraction qui aurait été commise au préjudice de SCI I. _____ est confirmé.

L'ordonnance querellée est, cependant, annulée en ce qu'elle refuse la qualité de partie plaignante aux recourants pour l'ensemble de la présente procédure pénale, le Ministère public devant statuer - après avoir conduit les investigations nécessaires, au sens du considérant précédent - sur cette qualité eu égard à une infraction qui aurait été commise contre un ou des fiduciaires.

- 14/16 - P/18056/2012

E. 7

L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

Les recourants, qui se prétendent partie plaignante, ont conclu au versement d'une indemnité de CHF 2'500.-, correspondant à 5h00 d'activité à un taux horaire de CHF 500.-.

Dans la mesure où ils obtiennent partiellement gain de cause, ce montant sera réduit à CHF 1'500.-, TTC. * * * * *

- 15/16 - P/18056/2012

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