

GE_GERICHTE ACPR/208/2025 vom 12. November 2024

GE Cour de justice, 2024-11-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_208_2025

FR: GE_GERICHTE ACPR/208/2025 du 12 novembre 2024

IT: GE_GERICHTE ACPR/208/2025 del 12 novembre 2024

Erwägungen

E. 1

Vu leur connexité évidente, les deux recours seront joints et traités en un seul arrêt.

E. 2

Les recours sont recevables pour avoir été déposés selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner des ordonnances sujettes à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation des décisions querellées (art. 382 al. 1 CPP).

E. 3

La recourante déplore une constatation erronée des faits. Dans la mesure où la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait (art. 393 al. 2 CPP; ATF 137 I 195 consid. 2.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1), les éventuelles constatations incomplètes ou erronées auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-devant. Partant, le grief sera rejeté.

E. 4

La recourante reproche au Ministère public un déni de justice.

E. 4.1

Commet un tel déni, prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. féd., le magistrat qui ne traite pas un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige (arrêt du Tribunal fédéral 1B_191/2022 du 21 septembre 2022 consid. 4.1). La garantie du droit d'être entendu, déduite de l'art. 29 al. 2 Cst., impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que les parties puissent les comprendre et apprécier l'opportunité de les attaquer, et que les autorités de recours soient en mesure d'exercer leur contrôle (ATF 136 I 229 consid. 5.2; 135 I 265 consid. 4.3; 126 I 97 consid. 2b). Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs fondant sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause; l'autorité peut se limiter à ne discuter que les moyens pertinents, sauf être tenue de répondre à tous les arguments qui lui sont présentés (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 126 I 97 consid. 2b; 124 II 146 consid. 2a; 124 V 180 consid. 1a).

Ce manquement peut toutefois être réparé devant la juridiction supérieure qui dispose d'un plein pouvoir d'examen, pour autant que l'autorité intimée ait justifié et expliqué sa décision dans un mémoire de réponse et que le recourant ait eu la possibilité de s'exprimer sur ces points dans une écriture complémentaire (ATF 125 I 209 consid. 9a p. 219). La Haute cour admet également la réparation d'une violation du droit d'être entendu, y compris en présence d'un vice grave, lorsqu'un renvoi à l'instance inférieure

- 20/28 - P/9702/2015 constituerait une vaine formalité, respectivement aboutirait à un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 145 I 167 consid. 4.4).

E. 4.2

En l'espèce, le Ministère public n'a certes pas mentionné dans les ordonnances querellées le complexe de faits visant la dissociation des primes et des contrats d'options par le prévenu O_____. Il a tout de même considéré qu'il n'existait aucun élément de preuve permettant d'établir que les collaborateurs de la Banque auraient prêté assistance aux autres prévenus pour dissimuler la performance négative des tiers- gérants. Au contraire, l'ayant droit économique bénéficiait d'un droit de regard sur les comptes et était au courant des pertes issues de la gestion. Il ressort de l'argumentation développée par la recourante dans ses écritures qu'elle a compris la motivation, même succincte, relative audit complexe de faits, des décisions querellées, de sorte que le grief doit être rejeté. En tout état, un renvoi de la cause au Ministère public constituerait une vaine formalité, au vu des raisons qui seront exposées ci-après.

E. 5

La recourante reproche au Ministère public de n'avoir pas retenu que B_____ et C_____ s'étaient rendus coupables de complicité de gestion déloyale aggravée.

E. 5.1

Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b).

Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "in dubio pro duriore", qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2) et signifie qu'en principe, un classement ne peut être prononcé que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_874/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1).

5.2.1. L'art. 158 CP punit le gérant d'affaires qui, en agissant avec (ch. 1 al. 1) ou sans mandat (ch. 1 al. 2), viole les devoirs auxquels il est tenu et, ce faisant, porte atteinte aux intérêts pécuniaires du tiers pour le compte duquel il intervient. Le cas de gestion

- 21/28 - P/9702/2015 déloyale aggravé 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).

5.2.2. Celui qui participe à l'infraction à l'art. 158 CP sans toutefois revêtir la qualité de gérant peut être poursuivi au titre de complice (art. 25 et 26 CP; A. MACALUSO/ L. MOREILLON/ N. QUELOZ (éds), Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie

spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, n. 7 ad art. 158). La complicité n'est punissable que si l'acte commis par l'auteur principal réalise les éléments constitutifs d'une infraction et s'avère en outre illicite (principe dit de l'accessoriété limitée; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1079/2010 du 3 mars 2011 consid. 4.2). 5.2.3. Le complice est un participant secondaire qui prête assistance pour commettre un crime ou un délit (art. 25 CP). La complicité suppose que le participant ait apporté à l'auteur principal une contribution causale à la réalisation de l'infraction, de telle sorte que les événements ne se seraient pas déroulés de la même manière sans cette contribution. La contribution du complice est subordonnée: il facilite et encourage l'infraction. Il n'est pas nécessaire que l'assistance du complice ait été une condition sine qua non de la réalisation de l'infraction. Il suffit qu'elle l'ait favorisée. Elle peut être matérielle, intellectuelle ou consister en une simple abstention ; la complicité par omission suppose toutefois une obligation juridique d'agir, autrement dit une position de garant (ATF 132 IV 49 consid. 1.1 p. 51-52 ; 121 IV 109 consid. 3a p. 119-120 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_72/2009 du 20 mai 2009 consid. 2.1.). La seule approbation de l'infraction commise par un tiers ne constitue pas un acte de complicité (ATF 113 IV 83 consid. 4). N'importe quelle obligation juridique ne suffit pas. Il faut que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou à empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance), de sorte que son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif (art. 11 al. 2 et 3 CP ; ATF 136 IV 188 consid. 6.2 ; ATF 134 IV 255 consid. 4.2.1 et les références citées). Subjectivement, il faut que le complice sache ou se rende compte qu'il apporte son concours à un acte délictueux déterminé et qu'il le veuille ou l'accepte. À cet égard, il suffit qu'il connaisse les principaux traits de l'activité délictueuse qu'aura l'auteur, lequel doit donc avoir pris la décision de l'acte. Le dol éventuel suffit (ATF 132 IV 49 consid. 1.1 p. 51-52 ; 121 IV 109 consid. 3a p. 119-120). 5.2.4. Il y a dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable ou la réalisation de l'infraction et passe néanmoins à l'action, car il accepte le résultat au cas où il se produirait et s'en accommode, même s'il ne le souhaite pas. Il s'agit d'une forme d'intention, qui se distingue de la négligence consciente sur le plan volitif, non pas cognitif. Dans les deux cas, l'auteur est conscient que le résultat illicite pourrait se

- 22/28 - P/9702/2015 produire, mais, alors que celui qui agit par négligence consciente escompte qu'il ne se produira pas, celui qui agit par dol éventuel l'accepte pour le cas où il se produirait. Parmi les éléments extérieurs permettant de conclure que l'auteur s'est accommodé du résultat dommageable pour le cas où il se produirait figurent notamment la probabilité (connue par l'auteur) de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont grandes, plus sera fondée la conclusion que l'auteur, malgré d'éventuelles dénégations, avait accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable. Peuvent également constituer des éléments extérieurs révélateurs les mobiles de l'auteur et la manière dont il a agi (ATF 134 IV 26 consid. 3.2.2 et 3.2.3 p. 29; 125 IV 242 consid. 3c in fine p. 252). 5.2.5. Le devoir d'information d'une banque à l'égard de son client est plus ou moins étendu selon le type de contrat qui les lie – gestion de fortune, conseil en placement ou simple compte/dépôt bancaire – (arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.2 à 5.1.4). Dans ce dernier cas de figure (execution only), la banque n'a pas, en présence d'un gérant externe au bénéfice d'une procuration donnée par le client, à rendre attentif ce dernier aux risques élevés qu'il encourt, ni à requérir son autorisation avant d'exécuter les opérations demandées par le gérant; en

effet, le banquier n'est pas le tuteur de son client et il doit, en principe, exécuter les ordres licites qui lui sont donnés; il n'y a de devoir d'information que dans des situations exceptionnelles, soit lorsque la banque, en faisant preuve de l'attention requise, a reconnu ou aurait dû reconnaître que le client n'a pas identifié un danger lié au placement, ou lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaires durable, en vertu duquel le client peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde de la banque, même s'il n'a rien demandé (ATF 133 III 97 consid. 7.1.1 et 7.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C_366/2004 du 4 novembre 2005 consid. 3.1). 5.2.6. En vertu de l'art. 400 al. 1 CO, le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. L'obligation de rendre compte a pour but de garantir le respect de l'obligation de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) et de sauvegarder les intérêts du mandant. Elle a pour objet non seulement ce que le mandataire a reçu du mandant ou a lui-même créé, mais également ce qu'il a reçu de tiers, y compris les avantages indirects, telles que les rétrocessions, lorsqu'ils sont intrinsèquement liés au mandat (comme résultat indirect de l'exécution du mandat) (ATF 143 III 348 consid. 5.1.2 et les références citées; 138 III 755 consid. 4.2; 137 III 393 consid. 2.1). L'information sur les rétrocessions versées par une banque dépositaire à un tiers-gérant ne constitue pas un élément nécessaire au contrôle de l'activité du mandataire et, partant, cette information n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 400 CO. Le mandant doit donc s'adresser directement au tiers-gérant pour obtenir des informations à ce sujet (arrêt du Tribunal fédéral 4A_436/2020 du 28 avril 2022 consid. 7.5.2).

- 23/28 - P/9702/2015 5.3.1. En l'espèce, la recourante reproche aux intimés de ne pas l'avoir informée des pertes réalisées sur ses relations bancaires par les tiers-gérants et d'avoir collaboré avec les autres prévenus pour dissimuler la performance négative de ses portefeuilles. Force est de constater qu'aucun élément concret ne permet de conclure que les collaborateurs de la Banque auraient à un quelconque moment accepté de prêter assistance à des actes de gestion déloyale dont est soupçonné O_____, ni même envisagé cette possibilité. En effet, il ressort de l'instruction que la recourante recevait les relevés bancaires, lesquels faisaient état des résultats de ses comptes, étant précisé que P_____ – agissant comme banque dépositaire, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire – n'était pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant ni à le conseiller sur les développements probables des investissements choisis ou sur les mesures à prendre pour limiter les risques. En outre, l'ayant droit économique, et son fils, se sont vu octroyer un droit de regard sur les comptes au nom de A_____ INC., le dernier nommé ayant – de ses propres aveux – eu accès aux documents bancaires dans les locaux de G_____/H_____ SA. Certes, l'ayant droit économique de la recourante a contesté avoir été informé des résultats de la gestion lors de la réunion du 4 mars 2011. Cela étant, B_____ a envoyé, le 10 suivant, à l'administrateur de l'époque de la recourante, des estimations des portefeuilles, lesquelles faisaient état des pertes sur les comptes 1_____ et 2_____. Que l'administrateur en question ait été – selon la recourante –, en tant que signataire de A_____ INC. et administrateur du G_____/H_____ SA, en situation de conflit d'intérêts ne change rien, dès lors que rien ne permettait de retenir que les collaborateurs de la Banque savaient – ou auraient dû savoir – que D_____ ne transmettait pas ces informations à l'ayant droit économique et son fils. Enfin, E_____ et F_____ ont signé, en 2013 et en 2015, les biens-trouvés bancaires, qui renseignaient également sur les résultats des comptes. Quoi qu'en dise la recourante, le premier nommé – au vu de son

parcours professionnel et économique – disposait de toutes les compétences pour comprendre la documentation bancaire. Il en allait de même du dernier nommé, lequel a déclaré avoir donné, de concert avec X_____, des instructions à O_____ sur des investissements à effectuer. Rien ne permet non plus de retenir que les intimés auraient exclu E_____ et F_____ de la réunion du 28 mars 2011, qui plus est, dans le but allégué de valider à leur insu le transfert de 466 kg d'or sur le compte 2_____. En effet le procès-verbal de cette réunion a été ratifié par D_____ le 4 avril suivant. De même, le transfert litigieux figurait dans les biens-trouvés de 2013, lesquels ont été signés par l'ayant droit économique des comptes. On ne saurait enfin reprocher aux intimés d'avoir prêté leur concours à O_____ dans des opérations de dissociation des primes et des options et ce, dans le but d'accroître artificiellement la performance du compte 2_____. Il ressort en effet des courriels de

- 24/28 - P/9702/2015 la Banque que les transferts ont été validés par les responsables de la salle des marchés – lesquels avaient comme tâche d'examiner si les ordres des tiers gérants étaient conformes aux lignes directrices de la Banque – et par un membre de l'équipe des risques, au motif que les comptes litigieux avaient le même ayant droit économique. Que deux de ces comptes aient fait l'objet d'un mandat de conseil en placement ne changeait rien aux yeux de la Banque, dès lors que le tiers gérant avait une procuration sur toute la relation bancaire. Qui plus est, il ressort des déclarations de F_____ que, s'agissant des comptes sous mandat de conseil en placement, lui-même et X_____ donnaient des instructions à O_____, lequel les transmettait ensuite à la Banque dépositaire. 5.3.2. La recourante semble reprocher aux intimés d'avoir prêté leur concours à O_____ dans des opérations de barattage ("churning"). Or, dans la mesure où les collaborateurs de la Banque n'ont jamais été prévenus de ces faits, le grief invoqué pour la première fois dans le cadre du recours est irrecevable. Cela étant, rien ne permet de considérer ici que les intimés disposaient d'éléments pour soupçonner M_____ SA et G_____/N_____ SA d'agir au détriment de la recourante. Ainsi, ils n'étaient pas en mesure de détecter si les opérations effectuées étaient nécessaires pour respecter ou atteindre les objectifs de placement poursuivis et si elles étaient économiquement pertinentes, dès lors que le tiers-gérant passait les ordres directement à la salle des marchés. En outre, il ressort de la décision du Comité des crédits du 31 mars 2011 que les opérations de change étaient cohérentes et demeuraient dans des proportions acceptables. 5.3.3. Enfin, aucun élément ne permet de retenir que les intimés auraient accepté de prêter assistance aux autres prévenus pour dissimuler les rétrocessions perçues par les tiers gérants. Conformément à la jurisprudence sus-rappelée, il incombe au gérant externe – et non pas à la Banque dépositaire – d'informer les mandants sur les rétrocessions que celle-ci aurait versées à celui-là. Par ailleurs, les réponses envoyées à la recourante ont été validées par le service juridique de la Banque, ce qui ressort également de l'audition de sa responsable. Qui plus est, le courriel du 19 octobre 2011 n'a suscité aucune réaction de la part de la recourante. Enfin, les intimés ont communiqué, en 2015, à la recourante les montants des rétrocessions versées aux tiers gérants.

E. 6

Justifiées, les ordonnances querellées seront donc confirmées.

E. 7

La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 3'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière

pénale, RTFMP; E 4 10.03), eu égard au travail généré par le présent arrêt.

- 25/28 - P/9702/2015

E. 8

Les intimés, qui obtiennent gain de cause, peuvent prétendre à l'octroi de dépens (art. 429 al. 1 let. a cum art. 436 al. 1 CPP).

E. 8.1

Lors de la fixation de l'indemnité, le juge ne doit pas avaliser purement et simplement les notes d'honoraires qui lui sont le cas échéant soumises, mais, au contraire, examiner si l'assistance d'un conseil était nécessaire puis, dans l'affirmative, apprécier objectivement la pertinence et l'adéquation des activités facturées, par rapport à la complexité juridique et factuelle de l'affaire et, enfin, dire si le montant des honoraires réclamés, même conforme au tarif pratiqué, est proportionné à la difficulté et à l'importance de la cause, c'est-à-dire raisonnable au sens de la loi (ACPR/232/2023 du 29 mars 2023 consid. 7.1).

La Cour de justice applique au chef d'étude un tarif horaire de CHF 450.- (arrêt du Tribunal fédéral 2C_725/2010 du 31 octobre 2011 = SJ 2012 I 172; ACPR/279/2014 du 27 mai 2014) et pour les collaborateurs, un taux horaire de CHF 350.- (AARP/65/2017 du 23 février 2017).

8.2.1. En l'occurrence, C_____ conclut à l'octroi d'une indemnité de CHF 16'764.05, correspondant à des courriels, des téléphones et des entretiens, ainsi qu'aux activités nécessaires à la rédaction des observations, pour un total de 9h15 au tarif de CHF 600.- et de 25h55 au tarif de CHF 380.-.

Ce temps est excessif. Il sera ramené à 11h au tarif collaborateur de CHF 350.- – respectivement à 5h au tarif d'associé de CHF 450.- –, durée qui apparaît raisonnable et suffisante pour la rédaction d'un mémoire de 48 pages (pages de garde et de conclusions comprises), d'une teneur largement identique aux observations de l'autre intimée. Qui plus est, son conseil était déjà intervenu devant l'autorité précédente et le dossier lui était donc connu.

Une somme de CHF 6'100.- lui sera, ainsi, allouée (11h x CHF 350.- et 5h x CHF 450.-), hors TVA, vu son domicile à l'étranger (ATF 141 IV 344 consid. 4).

8.2.2. B_____ conclut à l'octroi d'une indemnité de CHF 18'214.85 pour la rédaction de ses observations, soit un total d'activité de 5h au tarif demandé de CHF 450.- et de 36h au tarif de CHF 400.-.

L'activité annoncée apparaît excessive pour une écriture de 64 pages (pages de garde et de conclusions comprises), dont seulement sept sont consacrées à la discussion juridique; ce d'autant qu'elle reprend pour l'essentiel l'argumentation développée devant le Ministère public.

- 26/28 - P/9702/2015

L'indemnité sera donc arrêtée ex aequo et bono à CHF 6'756.25 correspondant à 3h d'activité, au tarif de CHF 450.- (associé), et 14h au tarif de CHF 350.- (collaborateur), TVA (8.1%) incluse, laquelle apparaît suffisante. * * * * *

- 27/28 - P/9702/2015

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