

## **GE\_GERICHTE ACPR/670/2022 vom 6. April 2022**

GE Cour de justice, 2022-04-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_670\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_670_2022)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/670/2022 du 6 avril 2022

IT: GE\_GERICHTE ACPR/670/2022 del 6 aprile 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 21**

octobre 2015, avec une date valeur au 23 suivant, pour permettre de récupérer les fonds détenus par les contreparties étrangères. Il avait essayé d'accélérer au maximum la deuxième validation, souhaitant que le transfert soit effectué au plus vite, mais aucun membre du COMEX n'avait voulu la donner, car D\_\_\_\_\_ avait interdit toute acceptation avant le remboursement des fonds. Il avait "couru derrière" ses collègues durant deux jours [du 21 au 23 octobre 2015] pour obtenir le transfert des liquidités. Il ignorait qu'une partie des dépôts fiduciaires, à hauteur d'environ d'USD 45 millions, avait déjà été remboursée le vendredi [23 octobre 2015] au matin. Il ignorait aussi que l'ordre de transfert comportait la mention "do not release before Monday 26 oct. 2015". Pour lui, dès la deuxième validation effectuée le 23 octobre 2015 par H\_\_\_\_\_, le transfert avait été exécuté (automatiquement). Il n'avait toutefois pas vérifié. Le lundi 26 suivant, aux alentours de 8h00-8h30, il avait appelé F\_\_\_\_\_, qui lui avait "confirmé que l'argent était parti". Concernant la situation de la Banque, il était confiant de voir un accord de fusion signé le vendredi 23 octobre 2015 avec G\_\_\_\_\_. Cette dernière ne s'étant pas manifestée, la FINMA avait accepté de patienter jusqu'au dimanche soir 25 octobre 2015. Son inquiétude avait grandi durant le week-end, mais il ne s'attendait pas au prononcé de la faillite le lundi

#### **E. 26**

octobre 2015. La question du possible virement d'USD 89 millions à tel ou tel moment était une question de gestion de trésorerie "du ressort de la [banque] E\_\_\_\_\_ en premier lieu".

l.c.c. Entendu en qualité de prévenu d'infractions à l'art. 158 ch. [1 al. 3] ou 138 ch. 2 CP, D\_\_\_\_\_ a refusé de répondre à la plupart des questions qui lui étaient posées. Il s'est toutefois exprimé par écrit : en matière d'ordre de paiement, il convenait de distinguer la simple "date de valeur" de fonds, [dont le transfert] était généralement exécuté "sauf bonne fin", de la réception effective de ces fonds; si la première notion ("date de valeur") s'apparentait à une promesse de paiement à cette même date, la seconde (réception) était comparable à un "paiement physique"; ce n'était qu'une fois les avoirs effectivement reçus sur le compte crédité "sauf bonne fin" que le transfert devenait irrévocable. Dans la présente affaire, les USD 89 millions seraient parvenus, même sans l'instruction de blocage litigieuse, sur la relation de E\_\_\_\_\_ auprès de F\_\_\_\_\_ le lundi 26 octobre 2015 seulement. Si la Banque avait transféré cette somme à I\_\_\_\_\_ le 23 précédent "sauf bonne fin", elle aurait alors "accordé un crédit en blanc ni garanti ni couvert". Ce "prêt non garanti serait devenu non performant le lundi matin – en ce sens que l'argent du compte Hottinger serait tombé dans la masse en faillite, alors que le prêt avait déjà été versé au client le vendredi".

l.c.d. C \_\_\_\_\_, également prévenu des deux infractions précitées, a déclaré que A \_\_\_\_\_ LTD avait demandé un transfert global de ses dépôts fiduciaires, de sorte que la question de virements progressifs, au fur et à mesure de l'arrivée des liquidités, ne s'était pas posée. Il avait tout fait pour que la plaignante puisse récupérer ses fonds entre les 21 et 23 octobre 2015. Il contestait avoir participé au blocage de ceux-là jusqu'au lundi 26 suivant. Il ne se souvenait pas avoir dit à son assistante que le transfert litigieux n'aurait pas lieu avant la date précitée. Pour lui, l'intitulé "Payment today to be released on Monday" de l'email daté du 23 octobre 2015 "n'avait pas [eu] d'intérêt"; il n'était pas à l'origine de sa modification en "Payment today to be released on Monday A \_\_\_\_\_ LTD", du moins n'en avait-il pas le souvenir. À réception de ce courriel, il avait téléphoné à H \_\_\_\_\_ pour lui demander de valider au plus vite l'ordre de transfert, ce que ce dernier lui avait confirmé avoir fait. Par conséquent, quand il avait raccroché, il était sûr que ledit transfert, auquel le logiciel procédait automatiquement, avait eu lieu. Le blocage litigieux n'avait donc, à ses yeux, plus lieu d'être. Il ne s'était pas assuré que le virement avait bien été exécuté, s'étant fié à l'affirmation du prénommé, ni ne s'était interrogé sur le remboursement effectif des dépôts fiduciaires, n'ayant jamais rencontré de problème, au préalable, avec des remboursements sous 48 heures. Concernant la situation de la banque E \_\_\_\_\_, l'accord de reprise devait être signé le vendredi 23 octobre 2015 par G \_\_\_\_\_; le conseil d'administration attendait cette signature le matin. Lui-même ne pensait pas que la faillite allait être prononcée et avait été très surpris de l'apprendre le lundi suivant. Sa demande du 20 octobre 2015 tendant à voir son salaire versé, non plus sur son compte au sein de E \_\_\_\_\_, mais sur une relation auprès de N \_\_\_\_\_, était motivée par des considérations pratiques, étant donné qu'il effectuait ses paiements via cette relation; il ne se souvenait pas pourquoi il avait donné cette instruction à cette date-là.

m. Par avis de prochaine clôture du 22 novembre 2021, le Ministère public a annoncé qu'une ordonnance de classement allait être rendue en faveur de C \_\_\_\_\_ et que D \_\_\_\_\_ serait renvoyé en jugement.

A \_\_\_\_\_ LTD s'est opposée audit classement et a requis l'administration de preuves complémentaires. C. Dans sa décision déférée, le Ministère public a réexaminé ab ovo l'ensemble des éléments du dossier. Il a considéré que les éléments constitutifs des infractions aux art. 158 et/ou 138 CP n'étaient pas réunis à l'égard de C \_\_\_\_\_.

Ainsi, C \_\_\_\_\_ avait, entre les 21 et 23 octobre 2015, tout mis en œuvre pour exécuter les instructions de la plaignante. C'était K \_\_\_\_\_, sur instruction de D \_\_\_\_\_, qui avait fait bloquer le transfert des fonds jusqu'au lundi 26 octobre 2015, blocage sans lequel les USD 89 millions litigieux auraient pu être transférés à I \_\_\_\_\_, avant le prononcé de la faillite de E \_\_\_\_\_. C \_\_\_\_\_ n'avait pas compris

- 10/16 - P/1536/2016 que l'échange d'emails du 23 octobre 2015 évoquant le report était toujours d'actualité après son entretien téléphonique avec H \_\_\_\_\_, et imaginait que rien n'empêchait, à cette suite, le virement. Il n'avait pas non plus eu de doute sur le fait que le remboursement des dépôts interviendrait dans les 48 heures, ni n'avait cru que la faillite de la Banque pourrait être prononcée le lundi 26 octobre 2015, pensant encore, le 23 précédent, qu'un accord était possible avec G \_\_\_\_\_, subsidiairement avec un autre établissement. À cette aune, le prévenu n'avait pas causé, ni même envisagé, le résultat dommageable pour la plaignante, non plus qu'il ne s'en était accommodé. En effet, il n'aurait eu aucune raison de se "démén[er]" pendant deux jours afin de rendre possible le transfert, si son intention, malveillante, avait été, en réalité, de capter les fonds litigieux, via la faillite de E \_\_\_\_\_,

qu'il aurait hypothétiquement su prononcée le lundi 26 octobre 2015.

Les réquisitions de preuve formulées par A\_\_\_\_\_ LTD étaient, au vu des nombreux éléments déjà recueillis, impropres à modifier aussi bien l'issue du litige que la conviction du Ministère public. D. a. À l'appui de ses recours et réplique, A\_\_\_\_\_ LTD dénonce une violation des principes de l'autorité de l'arrêt de renvoi et in dubio pro duriore. Concernant le premier, le Procureur était lié par les instructions de l'arrêt ACPR/165/2020, de sorte qu'il devait, au terme de son enquête complémentaire, nécessairement renvoyer C\_\_\_\_\_ en jugement. S'agissant du second, ce magistrat n'avait nullement pris en compte les éléments, matériellement aggravants, découverts depuis le 4 mars 2020. Les conditions des infractions de gestion déloyale et abus de confiance qualifiés étaient donc réalisées, ce que les actes d'instruction complémentaires suivants permettraient d'étayer, au besoin : dépôt de divers documents par la FINMA et F\_\_\_\_\_ ; production de pièces attestant de la façon dont E\_\_\_\_\_ avait géré la résiliation des "placements fiduciaires à 48 heures" d'autres clients, entre les 20 et 23 octobre 2015; auditions de membres de la FINMA et de G\_\_\_\_\_, respectivement d'anciens employés de la Banque, chargés de gérer d'autres clients.

b. Invité à se déterminer, C\_\_\_\_\_ fait siens les considérants de la décision entreprise. Rien ne permettait de retenir qu'il aurait eu pour intention de différer l'ordre de transfert donné par la plaignante. Au contraire, il avait scrupuleusement suivi ses instructions et était convaincu, le 23 octobre 2015 en fin d'après-midi, que le transfert des fonds avait bien eu lieu. En tout état, l'enquête avait révélé que les USD 89 millions litigieux n'auraient pas pu être transférés à I\_\_\_\_\_ avant le 26 octobre 2015.

c. D\_\_\_\_\_ s'en rapporte à justice.

d. Pour sa part, le Ministère public conteste toute violation des deux principes précités. "Fort [des] (...) éléments [recueillis après le 4 mars 2020], de la ré-audition

- 11/16 - P/1536/2016 de C\_\_\_\_\_ et d'une analyse approfondie du dossier", il avait acquis la conviction que ce dernier n'avait commis aucune infraction. EN DROIT : 1. Le recours est recevable pour avoir été interjeté selon la forme et dans le délai prescrits (art. 90 al. 2, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance de classement, décision sujette à contestation auprès de la Chambre de céans (art. 322 al. 2 et 393 al. 1 let. a CPP; art. 128 LOJ/GE), 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 voir poursuivre l'ensemble des auteurs de la prétendue infraction commise contre son patrimoine (art. 115 et 382 al. 1 CPP). 2. La recourante dénonce une violation des principes de l'autorité de l'arrêt de renvoi et in dubio pro duriore.

2.1. L'art. 397 CPP autorise la juridiction de recours, après avoir annulé l'ordonnance attaquée devant elle, à retourner la cause au ministère public pour nouvelle décision (al. 2), le cas échéant en lui donnant des instructions (al. 3). Les considérants et instructions figurant dans un arrêt de renvoi sont contraignants aussi bien pour le juge auquel l'affaire est retournée que pour l'autorité de recours qui en est l'auteure, lorsqu'elle doit se prononcer à nouveau sur la cause. Ni ledit juge, ni ladite autorité ne peuvent, dans leurs nouvelles décisions, se fonder sur des aspects expressément ou implicitement rejetés dans cet arrêt. Ils sont, en revanche, habilités à traiter de faits nouveaux (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_694/2016 du 22 mai 2017 consid. 8, paru in SJ 2018 I p. 95) ou de motifs non préalablement discutés (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_636/2017 du 1er septembre 2017 consid. 3.1).

2.2.1. Aux termes de l'art. 319 al. 1 let. b CPP, le ministère public classe la procédure lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis. Cette disposition s'interprète à la lumière du principe *in dubio pro durore*, selon lequel un classement ne peut être prononcé que quand il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. En effet, en cas de doute quant à la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1444/2021 du 17 mai 2022 consid. 2.2).

2.2.2. L'art. 158 CP punit du chef de gestion déloyale 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

- 12/16 - P/1536/2016 atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1 al. 1 CP). Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, il sera réprimé plus sévèrement (ch. 1 al. 3 CP). Selon l'art. 138 CP, se rend coupable d'abus de confiance quiconque, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura employé, sans droit, à son profit ou à celui d'un tiers, des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées (ch. 1 al. 2). L'auteur est puni plus sévèrement s'il a agi en qualité de membre d'une industrie ou d'un commerce auquel les pouvoirs publics l'ont autorisé (ch. 2). L'art. 29 CP permet d'imputer à l'organe (de fait) d'une société (let. a et d), respectivement au collaborateur disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé (let. c), les actes pénalement répréhensibles qu'il a commis en agissant au nom de celle-ci.

2.3. En l'espèce, la Chambre de céans a considéré, dans son arrêt ACPR/165/2020, après avoir apprécié l'ensemble des éléments figurant au dossier (décrits aux lettres B.a à B.k.b supra), qu'il existait des soupçons suffisants, contre C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, d'infractions aux art. 158 et/ou 138 CP. Elle a, partant, retourné la cause au Ministère public, charge pour lui d'entendre les prénommés en qualité de prévenus, puis, après avoir effectué d'éventuels actes d'instruction complémentaires, de les renvoyer en jugement. Lié par cette appréciation, le Procureur ne pouvait évaluer à nouveau les éléments précités. Il n'était habilité à s'écarter de l'instruction de dresser un acte d'accusation contre C\_\_\_\_\_ que sur le fondement de faits et/ou moyens de preuves nouveaux, recueillis après le 4 mars 2020, jour du prononcé de l'arrêt de renvoi. En procédant à un examen *ab ovo* de l'ensemble des faits de la cause, le Ministère public a donc violé le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi. 2.4. Il sied toutefois de déterminer si le résultat de l'enquête menée depuis le printemps 2020 permet d'exclure la responsabilité pénale de C\_\_\_\_\_, sous l'angle du principe *in dubio pro durore* applicable à ce stade de la procédure. 2.4.1. Le prénommé admet, désormais, avoir eu connaissance, le vendredi 23 octobre 2015, de la décision d'ajourner le remboursement des fonds de A\_\_\_\_\_ LTD jusqu'au lundi 26 suivant. À juste titre, puisqu'il avait reçu de D\_\_\_\_\_, ledit vendredi, à 14h47, des échanges de courriels à ce propos. Il conteste, en revanche, avoir adhéré à cette postposition.

- 13/16 - P/1536/2016 Il ne s'y est, pourtant, pas opposé. Au contraire, il a contribué à la rendre possible, en transférant (15h02), à son tour, l'email de 14h47 à H\_\_\_\_\_ pour faire valider le virement différé, email intitulé "Payment today to be released on Monday", auquel la mention "A\_\_\_\_\_ LTD" avait été ajoutée par lui (ce qu'il conteste) ou quelqu'un d'autre. C\_\_\_\_\_ nie également avoir compris, après son téléphone avec H\_\_\_\_\_ – qu'il

situé postérieurement à son courrier électronique de 15h02 –, que le blocage était toujours d'actualité. Faute toutefois de connaître la teneur effective de leur conversation, rien ne permet, en l'état, de retenir qu'elle aurait pu amener le prévenu à changer la perception de la situation qu'il avait depuis 14h47. On peut, à ce stade, soupçonner que s'il pensait que l'ordre litigieux allait être immédiatement exécuté, il n'aurait pas affirmé à J\_\_\_\_\_ le contraire – le prévenu ayant dit à son assistante que, finalement, l'ordre allait être validé le 23 octobre 2015 pour être traité le 26 suivant –, ni appelé F\_\_\_\_\_ à cette dernière date, au matin, pour s'assurer que ledit ordre serait bien exécuté. Les nouvelles explications de C\_\_\_\_\_ sont donc impropres à infirmer sa potentielle implication dans les faits litigieux.

2.4.2. Concernant la situation de E\_\_\_\_\_, le prénommé conteste derechef avoir eu connaissance du caractère imminent de la faillite, notamment en raison de l'accord que celle-ci devait signer avec G\_\_\_\_\_ le 23 octobre 2015. Il a toutefois déjà été jugé, le 4 mars 2020, que ses dénégations n'emportaient pas conviction. Celles-ci sont, de surcroît, contredites par les nouveaux éléments du dossier, l'intéressé ayant demandé le 20 octobre 2015 à la Banque de lui verser son salaire sur un autre compte que celui qu'il détenait en son sein, soit quelques jours seulement avant la date envisagée pour la signature dudit accord. Il se doutait donc – ses allégués selon lesquels cette demande aurait été dictée par des motifs de commodité n'emportant, en l'état, pas conviction –, ce jour-là déjà, que le risque de faillite de E\_\_\_\_\_ était concret et très proche. Que les dirigeants de la Banque ignoraient – d'après les nouvelles déclarations de H\_\_\_\_\_ – la date exacte du prononcé de la faillite, n'enlève rien au fait qu'une telle mesure était imminente, ce dont la FINMA les avait avertis dès mi-octobre 2015. 2.4.3. C\_\_\_\_\_ se prévaut d'un nouvel argument : il conteste être responsable du préjudice causé à la recourante, en ce sens que le virement ordonné le 23 octobre

- 14/16 - P/1536/2016 2015 n'aurait, même sans l'instruction de blocage litigieuse, pas pu être exécuté avant le lundi 26 suivant au matin. Ce faisant, il remet en cause l'interprétation des explications de F\_\_\_\_\_ (cf. lettre B.i in fine) qu'a faite la Chambre de céans le 4 mars 2020. Or, aucun élément nouveau ne permet de s'en écarter. En effet, cette dernière banque n'a pas modifié ses allégués. Sa conseillère juridique (cf. lettre B.l.c.b supra) se limite à commenter l'une des explications déjà appréciée dans l'arrêt ACPR/165/2020 (soit celle afférente à la date "valeur 26 octobre 2015").

En tout état, D\_\_\_\_\_ – lequel sera prochainement traduit en jugement – se prévaut d'un argument similaire.

Trancher cette question, qui est commune aux deux prévenus, alors que la Chambre de céans est uniquement saisie du cas de C\_\_\_\_\_, reviendrait donc à préjuger de la décision à rendre par les juges du fond sur ce point, ce qui ne se peut. À ce stade, il demeure donc plausible que le comportement du prénommé ait pu occasionner un dommage à la recourante. 2.5. En conclusion, aucun élément nouveau ne justifie le prononcé du classement. Aussi le Ministère public ne pouvait-il faire fi de l'instruction de renvoyer C\_\_\_\_\_ en jugement. Le recours doit donc être admis, le classement déferé, annulé, et la cause, renvoyée au Ministère public pour qu'il exécute l'injonction précitée. La plaignante pourra solliciter, le cas échéant devant les juges du fond, l'administration des preuves qu'elle estimera utiles. 3. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 4 CPP). Les sûretés versées par la plaignante lui seront, ainsi, restituées (CHF 2'500.-). 4. Cette dernière sollicite l'octroi de dépens de CHF 46'023.90, correspondant à 105 heures et 22 minutes d'activité effectuées par deux associés (au tarif de CHF 500.-

l'heure), un "of counsel" et une collaboratrice, somme majorée de frais forfaitaires de 1.5% (CHF 690.36).

4.1. Lorsqu'elle obtient gain de cause, la partie plaignante peut prétendre à être indemnisée, à la charge de l'État (art. 436 al. 3 CPP), de ses frais d'avocat

- 15/16 - P/1536/2016 (art. 433 al. 1 CPP), à condition qu'ils soient nécessaires et adéquats pour faire valoir son point de vue (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1341/2019 du 20 février 2020 consid. 2.1). La Cour de justice applique un tarif horaire de CHF 450.- aux prestations accomplies par un conseil chef d'étude (ACPR/214/2022 du 29 mars 2022). 4.2. En l'espèce, l'activité facturée consiste en la prise de connaissance de l'ordonnance déferée (17 pages), l'envoi d'un email au client, l'étude du dossier, l'exécution de recherches juridiques, la rédaction du recours (27 pages) et les discussions intervenues entre les différents avocats ayant travaillé sur le dossier. Ces prestations, quoiqu'admissibles dans leur principe, comportent toutefois moult doublons, chacun desdits avocats ayant accompli les mêmes tâches. De plus, le temps consacré à leur exécution est manifestement excessif. Il sera donc ramené à douze heures d'activité de chef d'étude, durée qui apparaît raisonnable pour accomplir les tâches précitées, rémunérées au tarif usuel de CHF 450.-. Quant aux frais forfaitaires de CHF 690.36, il n'est pas possible de les rattacher, en l'absence d'information ou de justificatif, à une dépense qui ne serait pas déjà incluse dans ce même tarif horaire. Ils ne sauraient donc être pris en compte. Partant, la recourante se verra allouer une indemnité de CHF 5'400.-, hors TVA, vu son siège à l'étranger (ATF 141 IV 344 consid. 4). 5. Aucun défraiement ne sera accordé aux prévenus (au vu de l'issue du litige pour C\_\_\_\_\_ [art. 429, a contrario, cum 436 CPP] et de l'insignifiance de ses dépens pour D\_\_\_\_\_, le courrier dans lequel il s'en rapporte à justice tenant sur quelques lignes seulement [art. 430 al. 1 let. c cum 436 CPP]). \* \* \* \* \*

- 16/16 - P/1536/2016

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