

# **GE\_GERICHTE JTDP/912/2015 vom 11. Dezember 2015**

GE Cour de justice, 2015-12-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_JTDP\\_912\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTDP_912_2015)

FR: GE\_GERICHTE JTDP/912/2015 du 11 décembre 2015

IT: GE\_GERICHTE JTDP/912/2015 del 11 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Lors des débats, le Tribunal a, d'emblée de cause, examiné la question de la requalification juridique des faits soulevée par Y\_\_\_\_\_, qui avait demandé, par courrier du 29 octobre 2015, que les faits décrits dans l'acte d'accusation du 25 septembre 2015 soient examinés par le Tribunal sous l'angle de l'escroquerie en concours avec la gestion déloyale avec dessein d'enrichissement illégitime. Par souci de simplification, la motivation du Tribunal figurant dans le procès-verbal de l'audience de jugement est reprise ci-après.

#### **E. 1.1**

Les art. 324ss CPP règlent la mise en accusation, en particulier le contenu strict de l'acte d'accusation. L'acte d'accusation n'est pas le mémoire-demande d'une partie («Parteischrift»), mais la délimitation de l'objet du procès pénal et l'indication des charges retenues contre l'inculpé (ATF 120 IV 348 consid. 3c p. 355). Aux termes de l'art. 325 al. 1 let. f CPP, l'acte d'accusation désigne le plus brièvement possible, mais avec précision, 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. Ce document consacre la maxime d'accusation (art. 9 CPP) et permet, d'une part, de délimiter l'étendue de la saisine de la juridiction répressive et, d'autre part, d'en informer la défense pour lui permettre d'intervenir efficacement dans la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_760/2013 et réf. cit.: ATF 126 I 19 consid. 2a p. 21; 120 IV 348 consid. 2b p. 353; SCHUBARTH, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, n° 7 et 8 ad art. 325 CPP; HEIMGARTNER/NIGGLI in Commentaire bâlois, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, n° 18 et 19 ad art. 325 CPP). Le principe de l'accusation implique que le prévenu connaisse exactement les faits qui lui sont reprochés ainsi que les peines et mesures auxquelles il s'expose (ATF 126 I 19 consid. 2a p. 21; 120 IV 348 consid. 2b p. 353).

- 42 -

P/4010/2009 La mise en accusation incombe au ministère public, qui l'assume seul. Elle n'est pas sujette à recours (art. 324 al. 2 CPP). Le ministère public saisit le tribunal in rem et in personam, de telle sorte que la juridiction saisie ne peut pas connaître des faits ou des qualifications juridiques qui ne sont pas contenues dans l'acte d'accusation (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_690/2014 consid. 4.2.). Le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans 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; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_702/2013 et doctrine citée: SCHUBARTH, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 2 ad art. 350 CPP; P. DE PREUX, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 11 ad art. 344 CPP). La modification de la qualification juridique ne doit pas

justifier de changement dans la description des faits retenus dans l'acte d'accusation. Elle est ainsi notamment envisageable lorsque le tribunal est confronté à des qualifications de moindre importance, à l'image d'une complicité plutôt que d'un acte principal, d'une tentative plutôt que d'un délit consommé, d'un vol ou d'un brigandage simple plutôt que d'infractions qualifiées, etc. Dès que la qualification juridique nouvelle ne peut plus se fonder sur l'état de fait retenu dans l'acte d'accusation, l'art. 344 CP n'est pas applicable (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_702/2013 et doctrine citée: MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire du Code de procédure pénale, 2013, n° 4 ad art. 344 CPP).

### **E. 1.2**

En l'espèce, les faits reprochés au prévenu sont mentionnés au chiffre I de l'acte d'accusation désigné "Gestion déloyale avec un dessein d'enrichissement- art. 158 ch. 1 al. 3 CP (recte: art. 158 ch. 1 al. 1 et 3 CP)". Ces faits ne permettent pas de fonder une qualification juridique nouvelle en escroquerie. En effet, les faits retenus ne décrivent pas de tromperie astucieuse ni l'élément subjectif de l'infraction. S'agissant des pages 2 à 9 de l'acte d'accusation sous le chapitre "Contexte", il s'agit d'un résumé-historique qui ne répond pas aux exigences de l'art. 325 al. 1 let. f CPP et qui n'a pas sa place dans un acte d'accusation. Il n'appartient pas au Tribunal d'aller chercher dans cet historique quelle autre qualification juridique que celle expressément mentionnée sous ch. I de l'acte d'accusation pourrait être réalisée ni à la défense d'aller rechercher ce qui pourrait lui être reproché. Il ressort de la procédure que le Ministère public, qui assume seul l'accusation comme susmentionné, n'a pas souhaité soumettre au Tribunal une accusation d'escroquerie. En effet, alors même qu'il était saisi d'une plainte pénale pour escroquerie, le Juge d'instruction a inculqué le prévenu pour des faits qu'il qualifiait

- 43 -

P/4010/2009 déjà de gestion déloyale avec enrichissement. Dans un projet d'acte d'accusation du 23 septembre 2014, qu'il a soumis aux parties pour observations, le même Procureur reprochait au prévenu des faits qu'il qualifiait de gestion déloyale avec dessein d'enrichissement. Par mémoire écrit de 37 pages, la partie plaignante a proposé deux nouvelles versions de l'acte d'accusation ainsi qu'une qualification juridique de gestion déloyale avec dessein d'enrichissement illégitime, d'escroquerie et de faux dans les titres et sollicité le renvoi immédiat du prévenu par devant le Tribunal correctionnel. Enfin, une année après son projet d'acte d'accusation, le Ministère public a saisi le Tribunal de police par acte d'accusation du 25 septembre 2015 en reprochant au prévenu des faits qu'il qualifiait de gestion déloyale avec dessein d'enrichissement et non d'escroquerie. Au vu de ces éléments, le Tribunal ne peut pas s'écarter de l'appréciation juridique qu'a porté le Ministère public sur l'état de fait dans l'acte d'accusation.

### **E. 1.3**

Par ailleurs, le Tribunal n'entend pas faire application de l'art. 333 al. 1 CPP. A certaines conditions les art. 329 et 333 CPP dérogent à la maxime accusatoire en permettant au tribunal saisi de donner au ministère public la possibilité de modifier ou de compléter l'acte d'accusation. Cette possibilité a été ouverte, d'une part, en raison de l'absence de recours possible contre l'acte d'accusation et, d'autre part, parce que celui-ci n'est pas un véritable jugement et doit décrire le plus brièvement possible les actes reprochés au prévenu et les infractions paraissant applicables (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_690/2014 et doctrine citée:

WINZAP, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 1 ad art. 329 et n° 1 ad art. 333). L'exemple souvent cité par la doctrine est celui d'un prévenu renvoyé pour abus de confiance. Le tribunal saisi songe à la commission d'une escroquerie. Comme le ministère public n'a pas inclus dans l'acte d'accusation les faits qui décrivent le processus astucieux, l'art. 333 al. 1 CPP permet au tribunal d'inviter le ministère public à modifier cet acte (STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, in Commentaire bâlois, Schweizerische Strafprozessordnung, vol. 2, 2e éd. 2014, n° 3 ad art. 333; WINZAP, op. cit., n° 5 ad art. 333 CPP). Cette entorse à la maxime accusatoire ne doit pas devenir la règle. Il appartient au Ministère public, en principe exclusivement, sous réserve des correctifs prévus aux art. 329, 333 et 344 CPP de décider pour quels faits et pour quelles infractions un prévenu sera renvoyé en jugement. L'art. 333 al. 1 CPP n'est qu'une faculté donnée au Ministère public de modifier son accusation. Le Tribunal ne peut cependant l'y contraindre. En l'occurrence, d'une part, le Tribunal n'estime pas que les faits exposés dans l'acte d'accusation pourraient réunir les éléments constitutifs d'une autre infraction.

- 44 -

P/4010/2009 D'autre part, le Ministère public a clairement manifesté son intention, depuis l'inculpation du prévenu le 21 août 2009 jusqu'au renvoi de l'acte d'accusation le 25 septembre 2015 de poursuivre le prévenu pour des actes de gestion déloyale, et non d'escroquerie, et ce malgré le mémoire écrit de 37 pages de la partie plaignante sur le projet d'acte d'accusation du 23 septembre 2014. Or, l'accusation appartient au Ministère public et le Tribunal ne peut le contraindre à modifier son acte d'accusation.

#### **E. 1.4**

Il résulte de ce qui précède que le chapitre "Contexte" de l'acte d'accusation, figurant aux pages 2 à 9 dudit acte, doit et sera écarté dudit acte. Par ailleurs, le Tribunal n'entend pas s'écarter de l'appréciation juridique que porte le Ministère public sur l'état de fait dans l'acte d'accusation (art. 344 CPP).

#### **E. 2**

S'agissant des autres questions préjudicielles traitées par le Tribunal, il est renvoyé au procès-verbal de l'audience de jugement.

#### **E. 3**

En cours de débats, X\_\_\_\_\_ a soulevé un incident et demandé que la pièce 4 déposée par Y\_\_\_\_\_ soit écartée du dossier, la procédure devant les autorités pénales étant orale, au sens de l'art. 66 CPP. La pièce 4 en question ne fait que reprendre des documents qui figurent déjà à la procédure. Par ailleurs, son contenu a été plaidé par le conseil de Y\_\_\_\_\_. Partant, l'oralité des débats n'est pas violée. L'incident est rejeté.

#### **E. 4**

Il convient d'examiner si Y\_\_\_\_\_ est partie plaignante à la procédure eu égard aux faits retenus par le Ministère public dans son acte d'accusation.

##### **E. 4.1**

On entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP). Est lésé, celui qui est atteint directement dans ses droits par l'infraction (art. 115 al. 1 CPP). Il s'agit de 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 (ATF 141 IV 1 consid. 3.1 p. 5 s.). De plus, pour être directement touché, celui qui prétend à la qualité de partie plaignante doit rendre vraisemblable le préjudice subi et doit en outre démontrer le rapport de causalité entre son dommage et l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt 6B\_116/2015 du 8 octobre 2015; arrêt 1B\_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1 et les arrêts cités; MAZZUCHELLI/POSTIZZI, in Commentaire bâlois, StPO, n° 28 ss ad art. 115).

- 45 -

P/4010/2009 Lorsqu'une infraction est perpétrée au détriment notamment du patrimoine d'une personne morale, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion des actionnaires d'une société anonyme, des associés d'une société à responsabilité limitée, des ayants droit économiques et des créanciers desdites sociétés (ATF 140 IV 155 consid. 3.3.1 p. 158; 138 IV 258 consid. 2.3 p. 263; arrêt 6B\_116/2015 du 8 octobre 2015; arrêt 1B\_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.2; Petit commentaire, Code pénal, 2012, n° 2 s. et 9 ad art. 115 CPP). En particulier, lorsqu'une infraction contre le patrimoine - telle celle de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP (Petit commentaire, Code pénal, 2012, no 2 ad art. 158 CP) - est réalisée à l'encontre d'une société anonyme, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé (arrêt 1B\_294/2013 du 24 septembre 2013). Tel n'est pas le cas de ses actionnaires ou de ses ayants droit économiques (arrêt 1B\_294/2013 du 24 septembre 2013 et doctrine citée: NIGGLI, in Commentaire bâlois du CPP, 3ème éd., 2013, no 174 ad art. 158 CP; Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2013, no 2 s. et 9 ad art. 115 CPP; NIGGLI, in Commentaire bâlois, n° 56 ad art. 115 CPP; GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualité, in RPS 2012, p. 180-181). Il en va de même lorsque ladite société est un fonds d'investissement et que l'actionnaire n'est qu'un investisseur (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_29/2015 du 16 juin 2015). 4.2.1. En l'espèce, par acte d'accusation du 25 septembre 2015, le Ministère public reproche au prévenu une violation de son devoir de gestion de ASU \_\_\_\_\_. Le Ministère public ne reproche plus au prévenu une atteinte aux intérêts pécuniaires des clients de AIS\_\_\_\_\_, alors que tel était le cas durant les sept ans qu'a duré l'enquête préliminaire. La question de savoir si le Ministère public aurait dû rendre une ordonnance de classement à cet égard et écarter la qualité de partie plaignante de Y\_\_\_\_\_ au vu des faits nouvellement reprochés au prévenu peut rester ouverte. Il convient d'examiner la qualité de partie plaignante de Y\_\_\_\_\_ à l'aune des faits retenus à l'encontre du prévenu par le Ministère public, étant précisé que les décisions préalablement rendues par la Cour de justice sur la qualité de partie plaignante de Y\_\_\_\_\_ ne reposaient pas sur les mêmes faits. Le fonds de placement AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD est une société ("multiportfolio investment company") constituée selon le droit des Bahamas et sis aux Bahamas. Il dispose de ses organes, soit notamment d'administrateurs et d'un réviseur. Cette société est une entité juridique distincte de son gestionnaire, soit AIS\_\_\_\_\_, une société anonyme de droit suisse. AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD offre à la souscription différentes séries aux investisseurs, sous la forme d'actions participantes sans droit de vote, dont les cinq séries du ASU\_\_\_\_\_. Les

- 46 -

P/4010/2009 avoirs investis sont attribués à une des trois Trading Companies du fonds de placement, sociétés distinctes ayant leur propre programme d'investissement. Seul le fonds

de placement investit dans les Trading Companies (p. 7 du Prospectus d'octobre 2006, PP 55'052). En d'autres termes, l'investisseur souscrit des actions sans droit de vote d'une des séries proposées par le fonds de placement. L'infraction reprochée au prévenu est perpétrée à l'encontre d'une société juridiquement indépendante. Seule cette société subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion de ses actionnaires, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et à la doctrine. Il n'en va pas différemment selon le droit des Bahamas, applicable en l'espèce conformément à la théorie de l'incorporation consacrée à l'art. 154 al. 1 LDIP (cf. arrêt 4A\_274/2011 consid. 7.2), droit des Bahamas applicable à la relation entre le fonds de placement et les investisseurs, AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD étant soumis au droit des Bahamas. En effet, selon l'avis de droit du 23 novembre 2009 de l'Etude d'avocats \_\_\_\_\_, seule la société qui a subi un dommage est en mesure d'intenter une action contre un tiers, ce droit n'étant pas reconnu aux actionnaires de la société. Il résulte de ce qui précède que Y\_\_\_\_\_ n'a été qu'indirectement lésé par les actes reprochés au prévenu de sorte qu'il ne peut pas revêtir la qualité de partie plaignante. Cette qualité lui sera dès lors déniée. 4.2.2. Il est à relever que, même si on devait retenir une violation d'un devoir de gestion du prévenu vis-à-vis des clients d'AIS\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ ne revêtirait pas la qualité de partie plaignante. Y\_\_\_\_\_ a souscrit des parts du fonds ASU\_\_\_\_\_ directement par ordre de souscription de sa banque dépositaire auprès de l'agent administratif du fonds en question. Y\_\_\_\_\_ a agi de son propre chef au vu de ses connaissances déjà acquises des "produits MADOFF" puisqu'il avait déjà investi, à tout le moins pour le compte de ses clients, dans d'autres feeders funds, et que la BANQUE C\_\_\_\_\_, alors qu'il en était le directeur général, fonctionnait en qualité d'agent administratif et de dépositaire du feeder fund FONDS H\_\_\_\_\_. Y\_\_\_\_\_ n'était lié à AIS\_\_\_\_\_ ni par un mandat de gestion, ni par un simple contrat de dépôt bancaire avec ordre donné par le client, ni par un contrat de conseil en placements (cf. ATF 133 III 97 consid. 7.1), alors que le devoir de gestion implique un pouvoir sur les biens d'autrui comportant une indépendance suffisante, un droit de disposition autonome et une certaine latitude qui caractérise le devoir de fidélité dont la violation est punissable (ATF 123 IV 17 consid. 3b; arrêt 1B\_678/2011 du 30 janvier 2012).

- 47 -

P/4010/2009 Il est à relever que dans un arrêt 1B\_678/2011 du 30 janvier 2012 dans la procédure dite SOCIETE J\_\_\_\_\_, le Tribunal fédéral a confirmé la décision du Ministère public de refuser la qualité de partie plaignante à un investisseur qui, malgré le fait qu'il avait conclu un contrat de gestion, avait donné des instructions précises de souscrire des parts d'un feeder fund MADOFF, ce qui ne laissait pas de marge de manœuvre quant aux investissements à opérer et excluait un pouvoir de gestion, nécessaire à la réalisation de l'infraction de gestion déloyale, alors que les prévenus étaient dirigeants des sociétés chargées de la gestion effective des fonds. Y\_\_\_\_\_, qui a souscrit des parts du fonds ASU\_\_\_\_\_ directement et sur ses instructions précises, ne peut se constituer partie plaignante sous cet angle également. 4.2.3. Le fonds de placement n'a jamais déposé plainte pénale à l'encontre de X\_\_\_\_\_. Néanmoins, l'infraction de gestion déloyale étant une infraction poursuivie d'office, le fait qu'aucune partie plaignante ne soit valablement constituée dans la procédure ne met pas fin à l'action pénale, le Ministère public ayant choisi de porter l'accusation devant le Tribunal, le Tribunal doit statuer sur les faits qui lui sont soumis.

**E. 5**

Il convient à présent d'examiner la prescription de l'action pénale, la période pénale retenue par le Ministère public dans son acte d'accusation s'écoulant de 2001 à septembre 2008.

### **E. 5.1**

La peine maximale encourue aux termes de l'art. 158 ch.1 CP est une peine privative de liberté de trois ans. Quant à la peine de l'infraction aggravée mentionnée à l'art. 158 al. 1 ch. 3 CP, son plafond s'élève à cinq ans. Si l'art. 97 al. 1 let. c CP dans sa teneur actuelle, en vigueur depuis le 1er janvier 2014, prévoit que l'action pénale se prescrit par dix ans dans les cas où la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de trois ans, l'art. 97 al. 1 let. c aCP en vigueur au moment des faits reprochés au prévenu retenait quant à lui un délai de prescription de sept ans. Conformément aux principes de la *lex mitior* et de la non-rétroactivité de la loi, si la nouvelle loi fixe un délai de prescription plus long, on appliquera l'ancienne loi à une infraction commise sous son empire. Le délai de prescription de quinze ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 97 al. 1 let. b CP) est quant à lui resté inchangé.

- 48 -

P/4010/2009

### **E. 5.2**

En l'occurrence, le délai de prescription de sept ans prévu par l'ancien droit est plus favorable au prévenu et lui sera ainsi appliqué s'agissant de la gestion déloyale simple, le délai étant de 15 ans si la circonstance aggravante du ch. 1 al. 3 de l'art. 158 CP est retenue. Le dies a quo du délai de prescription est régi par l'art. 98 CP. S'agissant d'un acte isolé, la prescription court dès le jour où l'auteur a commis l'infraction (let. a). Si en revanche l'activité s'est exercée à plusieurs reprises, mais est considérée comme une entité unique, le jour du dernier acte est déterminant (let. b). Si enfin on a affaire à un délit continu, le jour où l'infraction prend fin est le dies a quo de la prescription (let. c). Il conviendrait donc de déterminer si les actes reprochés au prévenu sont continus, s'ils forment une unité juridique et naturelle d'action où s'ils doivent au contraire être appréciés de manière isolée. Cette question peut néanmoins rester ouverte compte tenu des développements suivants. Il est établi que le prévenu a démissionné au mois de juin 2008 et immédiatement quitté ses fonctions dirigeantes au sein d'AIS\_\_\_\_\_ soit dès juillet 2008. La décision de quitter son poste d'administrateur du fonds a été entérinée lors de la réunion du Conseil d'administration du fonds le 18 septembre 2008. Aucun devoir de gestion, à fortiori aucune violation de ce devoir, ne peut lui être imputé au-delà de cette date ou, à tout le moins après la fin des rapports de travail à fin septembre 2008. En effet, on ne voit pas comment un devoir de gestion pourrait perdurer au-delà des rapports de travail ou de la responsabilité d'administrateur. A ce stade, il convient de relever que seul l'acte compte pour fixer le point de départ du délai, son résultat éventuel ne joue aucun rôle de sorte qu'une infraction pourrait théoriquement être prescrite avant même d'avoir provoqué des dommages (à ce sujet lire: ATF 134 IV 297 = JdT 2010 IV p. 13; ATF 122 IV 61 consid. 2.a.a; ATF 101 IV 20 consid. 3a; MAENDLY, La prescription, in La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne, 2006, p. 382; SISINI, L'allongement des délais de prescription des délits graves, in PJA 2014 p. 499; JOSITSCHI/SPIELMANN, Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten, in AJP 2007 p. 189). Le dies a quo ne saurait dès lors être fixé au-delà de fin septembre 2008. Par conséquent, l'infraction de gestion déloyale simple est prescrite depuis fin septembre 2008, ce que le Ministère public reconnaît implicitement

dans son acte d'accusation, puisque la période pénale retenue est de 2001 à septembre 2008.

- 49 -

P/4010/2009

## **E. 6**

Seule l'infraction de gestion déloyale avec un dessein d'enrichissement illégitime entre par conséquent en considération.

### **E. 6.1**

Aux termes de l'art. 158 al. 1 ch. 3 CP, si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans. Par enrichissement, il faut entendre tout avantage économique. Il s'agit en particulier de toute amélioration de la situation patrimoniale de l'auteur (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. 1, 3ème éd. Berne 2010, N 14 ad art. 138 CP). L'enrichissement réside ordinairement dans la valeur du bien obtenu, ou encore dans la valeur d'aliénation ou d'usage. Il ne sera pas illégitime si l'auteur y a droit (ou croit qu'il y a droit en raison d'une erreur sur les faits; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.2.1), ni s'il en paie la contre-valeur (ATF 107 IV 166 consid. 2a p. 167), s'il avait, à tout moment ou, le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire (ATF 118 32 consid. 2a p. 34) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 39 consid. 3 p. 34). Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34); tel est le cas lorsque l'auteur envisage l'enrichissement comme possible et agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 36; ATF 123 IV 155 consid. 1a p. 156; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_827/2008 du 7 janvier 2009 consid. 1.3). Une partie de la doctrine est toutefois d'un avis contraire et considère que l'intention d'enrichissement illégitime doit être réalisée par dol direct (cf. NIGGLI, Commentaire bâlois, n. 140 ad art. 158).

### **E. 6.2**

En l'espèce, le Tribunal relève que le prévenu n'a touché aucune commission, sous quelque forme que ce soit de la part de Bernard MADOFF, de sa société BMIS ou des fonds d'investissements gérés par AIS\_\_\_\_\_, notamment le ASU\_\_\_\_\_. Aucun élément ne permet de retenir de telles rémunérations, ce que le prévenu a constamment et catégoriquement exposé tout au long de la procédure. Ces éléments permettent d'emblée d'exclure un enrichissement direct du prévenu en lien avec les investissements litigieux auprès du broker américain.

### **E. 6.3**

Ainsi, l'existence d'un enrichissement illégitime doit être examinée sous l'angle de la rémunération perçue par le prévenu X\_\_\_\_\_ pour son activité au sein d'AIS\_\_\_\_\_ en qualité de directeur général, de directeur du comité d'investissements et d'administrateur délégué, soit son salaire, étant précisé qu'il n'a jamais été actionnaire de AIS\_\_\_\_\_ ou d'une autre société du groupe BANQUE A\_\_\_\_\_.

- 50 -

P/4010/2009 A cet égard, il sera retenu que conformément à l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou

indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Cette disposition consacre l'adage selon lequel "tout travail mérite salaire". Le montant est indifférent tant qu'il correspond à une activité pleinement effectuée ainsi qu'à des critères convenus lors de la conclusion du contrat (GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires: liberté contractuelle ou protection du travailleur in SJ 2014 II p. 246). Quant au bonus, quand bien même il ne peut vraisemblablement pas, dans le cas particulier, être considéré comme un élément du salaire au vu de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_653/2014 du 11 août 2015), il conserve sa légitimité à titre de gratification selon l'art. 322d CO. En l'espèce, le prévenu X\_\_\_\_\_ a travaillé durant 18 ans au service du groupe BANQUE A\_\_\_\_\_. Au sein d'AIS\_\_\_\_\_, société qu'il a créée, il exerçait les rôles de CEO, CIO, et d'administrateur délégué. A cet égard, il n'est pas soutenable de prétendre que l'intéressé n'aurait fourni aucun travail. Au contraire, les éléments de la procédure démontrent qu'il supervisait les employés de la société, contrôlait les investissements effectués et coordonnait les informations entre les différents intervenants, i.e. les investisseurs, les gérants et les brokers. Par ailleurs, au-delà de la charge de travail qu'impliquaient nécessairement ces postes de cadre supérieur, l'intéressé faisait face à de nombreuses responsabilités. Ainsi, sa longévité dans l'entreprise, sa formation, son rôle, son activité, ses contacts et ses responsabilités justifient pleinement le salaire convenu et reçu. La légitimité de la rémunération perçue par le prévenu est encore renforcée par le fait que l'intéressé ne disposait d'aucune marge de manœuvre dans la détermination de son montant. L'ensemble des pièces versées à la procédure, à l'instar des témoignages réunis, démontrent de manière univoque que le salaire du prévenu, et plus spécifiquement encore son bonus, étaient décidés et fixés par ses supérieurs directs, soit par la direction de BANQUE A\_\_\_\_\_ ASSET MANAGEMENT, en fonction notamment de la performance d'AIS\_\_\_\_\_. A cet égard, il est relevé que la société ne percevait que 17% des commissions reversées par les fonds gérés pour la clientèle liée à BANQUE A\_\_\_\_\_ et que le ASU\_\_\_\_\_ ne représentait qu'une fraction de ces fonds. En effet, en septembre 2007, si la masse totale sous gestion d'AIS\_\_\_\_\_ se montait à USD 9'751'667'000.-, le ASU\_\_\_\_\_ se limitait à une masse de USD 2'640'919'000.-. Il est ainsi établi que les commissions de gestion générées par le compartiment ASU\_\_\_\_\_ ne représentaient qu'une partie des revenus globaux d'AIS\_\_\_\_\_. Par ailleurs, en comparant l'évolution du salaire du prévenu depuis 2003, à celle des actifs gérés par AIS\_\_\_\_\_, respectivement par rapport aux montants investis dans le ASU\_\_\_\_\_ et la rémunération que percevait AIS\_\_\_\_\_ en sa qualité

- 51 -

P/4010/2009 d'investment manager du ASU\_\_\_\_\_, l'on constate qu'il n'y avait pas de corrélation entre les actifs du ASU\_\_\_\_\_ et le salaire de l'intéressé. Par conséquent, si le prévenu a, conformément à son devoir de fidélité vis-à-vis de son employeur, cherché à améliorer la performance d'AIS\_\_\_\_\_, il n'est pas soutenable qu'il ait poursuivi l'unique objectif de s'enrichir illégitimement dans la mesure où sa rémunération n'avait qu'un lien partiel et indirect avec l'évolution de la masse sous gestion du fonds. S'agissant du montant de la rémunération, le Ministère public évoque un salaire "anormalement" élevé. Il sera d'emblée relevé que, conformément à la liberté contractuelle, chacun est libre d'aménager ses relations juridiques comme il l'entend. Il appartient ainsi aux parties de déterminer la rémunération du travailleur, notamment la limite maximale de son salaire, laquelle ne fait

l'objet d'aucune disposition légale contraignante. Par ailleurs, lorsqu'un employeur attend de son employé que celui-ci dégage, par son activité, un bénéfice financier, il est fréquent que le contrat de travail prévoie, en sus de la rémunération fixe, une rémunération variable (GABUS/ROHMER, op. cit. p. 222). Dans le cas d'espèce, le salaire d'ensemble du prévenu a été décidé et approuvé par la direction de BANQUE A\_\_\_\_\_ ASSET MANAGEMENT et aucun indice ne laisse à penser qu'il était démesuré. En particulier, le Ministère public ne se fonde sur aucun élément tangible pour poser son assertion, si ce n'est son propre jugement. Aucune expertise n'a été effectuée afin de juger de l'inadéquation du salaire perçu par le prévenu. Il ne peut dès lors être établi que sa rémunération excéderait le salaire usuellement perçu sur le marché du travail dans l'industrie concernée. Au contraire, selon une enquête comparative réalisée par "Infovest21", il apparaît que les salaires (y compris bonus) pratiqués pour les directeurs généraux (CEO) de gérants de larges hedge funds oscillaient entre USD 850'000.- et USD 6'750'000.- en 2007. Ainsi, contrairement au reproche formulé par le Ministère public, il apparaît que le salaire perçu par le prévenu était conforme à l'industrie et à l'époque en question, toute comparaison avec une société de droit suisse cotée ou non cotée étant au demeurant irrelevante. Par conséquent, le prévenu était en droit de prétendre à ce qui était la juste contrepartie de sa prestation, ce d'autant plus que son revenu était conforme à l'activité déployée et aux salaires de l'industrie dans laquelle il évoluait. Quand bien même une violation de ses obligations d'employé devait lui être reprochée, celle-ci n'entraînerait pas l'extinction de son droit au salaire. En effet, dans de telles circonstances, son employeur pourrait exiger une réparation du dommage occasionné par son manquement sur la base de l'art. 321e CO mais il ne

- 52 -

P/4010/2009 pourrait renoncer à lui verser son salaire. L'employeur pourrait tout au plus procéder par voie de compensation (art. 323b al. 2 CO, DUNAND, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N 119 ad art. 321e), ce qui démontre là-encore que la créance de l'employé tendant à l'obtention de son salaire est exigible même en cas de dommage causé intentionnellement. Ainsi, la rémunération que percevait le prévenu n'était pas illégitime et il n'est à cet égard pas anodin que le Ministère public ait parlé dans son acte d'accusation d'enrichissement "personnel" du prévenu et non d'enrichissement illégitime.

#### **E. 6.4**

Par souci d'exhaustivité, et quand bien même le Tribunal n'est pas saisi de ces faits faute d'être mentionnés dans l'acte d'accusation, il sera relevé que l'enrichissement d'AIS \_\_\_\_\_ et du groupe BANQUE A\_\_\_\_\_ ne saurait également être qualifié d'illégitime. En effet, les commissions de gestion, allant de 2,15% à 1,15%, perçues par AIS \_\_\_\_\_, à raison de 17%, et par BANQUE A\_\_\_\_\_, à raison de 83%, étaient prévues dans le Prospectus et, par voie de conséquence, connues et acceptées des investisseurs. Ainsi, même si une gestion déloyale devait être retenue, il n'en demeurerait pas moins qu'AIS \_\_\_\_\_ et BANQUE A\_\_\_\_\_ pouvaient valablement prétendre à leur rémunération, ce d'autant plus que l'activité d'investment manager a effectivement été réalisée.

#### **E. 6.5**

A l'aune de ces considérations, l'aggravante de l'enrichissement illégitime au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 3 ne peut être retenue. L'action pénale est donc prescrite et le prévenu doit être acquitté des faits qui lui sont reprochés.

#### **E. 7**

Le Tribunal examinera néanmoins les faits de gestion déloyale simple reprochés au prévenu. 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). Sur le plan objectif, il faut, donc, que l'auteur ait un devoir de gestion ou de sauvegarde, qu'il ait violé une obligation qui lui revient en cette qualité et qu'il en soit résulté un dommage. Sur le plan subjectif, il faut qu'il ait agi intentionnellement; le dol éventuel suffit, mais il doit être caractérisé.

## **E. 8**

S'agissant de l'imputation des actes au prévenu, il est établi que le devoir de gérant du ASU\_\_\_\_\_ incombe à AIS\_\_\_\_\_ qui dispose d'une personnalité juridique propre. La responsabilité du prévenu ne peut dès lors être engagée que s'il revêt la qualité de chef d'entreprise au sens de l'art. 29 CP. Or, le prévenu assumait notamment les rôles de CEO et de CIO de AIS\_\_\_\_\_ ainsi que de président du

- 53 -

P/4010/2009 comité de direction. A ce titre, il gérait les employés de la société et supervisait plus particulièrement l'équipe en charge du secteur des investissements. Il ressort de la procédure, notamment des nombreux courriels versés au dossier, qu'il était la première personne de contact de Bernard MADOFF, avec qui il avait des entretiens réguliers. Il suivait en outre attentivement le processus de due diligence auquel procédait les analystes financiers et était à l'origine de l'engagement de EMPLOYE F\_\_\_\_\_ dont il a défini le cadre de l'activité. Le prévenu a au demeurant confirmé son cahier des charges lors de l'audience de jugement. Par conséquent, sa position formelle dans la société de même que son rôle effectif fondent un devoir de surveillance propre à engager sa responsabilité pénale en sa qualité de chef d'entreprise. 9.1. 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 (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). 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 6B\_223/2010 du 13 janvier 2011, consid. 3.3.2; arrêt 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 (ATF 123 IV 17 consid. 3b p. 21). L'activité du gérant peut ainsi avoir trait à la gestion d'intérêts pécuniaires dans des rapports externes ou dans des rapports internes (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). 9.2. En l'occurrence, contrairement à l'inculpation initiale du prévenu, à teneur de l'acte d'accusation, il est désormais reproché au prévenu de ne pas avoir respecté son devoir de gérant du ASU\_\_\_\_\_. Il convient dès lors d'examiner si le prévenu, seul, disposait d'un degré d'indépendance suffisant et d'un pouvoir de disposition autonome sur les avoirs du ASU\_\_\_\_\_. Le fonds de placement AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD est une société constituée selon le droit des Bahamas et est une entité juridique indépendante. Un

investisseur peut souscrire des parts de ce fonds "multiportfolio", qui lui-même investit dans ses Trading Companies, dont ASU\_\_\_\_\_ fait partie, Trading Companies qui sont des sociétés à part entière, mais qui ne sont pas des fonds de placement (cf. Prospectus, p. 7, "The Trading Companies (...) are not investments

- 54 -

P/4010/2009 funds"). Seul AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD investit dans les Trading Companies (cf. Prospectus, p. 7, "AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD is the only investor in the Trading Companies"). L'investisseur, quant à lui, souscrit des parts participantes sans droit de vote d'une des séries proposées par le fonds de placement. Dans cette mesure, formellement seule la société AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD dispose d'un pouvoir de disposition autonome sur les avoirs de ASU\_\_\_\_\_. La société AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD est intégralement détenue par AIS\_\_\_\_\_, qui est porteur de toutes les parts ordinaires du fonds ("ordinary voting non-participating"; cf Prospectus, p. 6). AIS\_\_\_\_\_ est une société anonyme de droit suisse indirectement détenue par BANQUE A\_\_\_\_\_ SA (cf. Prospectus, p. 10). L'affectation des avoirs du fonds de placement est décidée par son gérant, soit AIS\_\_\_\_\_ (cf. Prospectus, p. 8, "(...) the Investment Manager, who will select and allocate the Fund's assets (...)"). Le prévenu n'est pas actionnaire de AIS\_\_\_\_\_ ni du fonds de placement, n'étant porteur que d'actions participantes dénuées de droit de vote – "non voting Participating Shares" - à l'instar de tout investisseur dans le fonds de placement. Toutefois, le prévenu est un des trois administrateurs du fonds de placement bahamien. Il est également administrateur délégué et employé de AIS\_\_\_\_\_, le gestionnaire dudit fonds de placement. Il a, par ailleurs, signé, en 2003, pour le compte d'AIS\_\_\_\_\_, le contrat liant AIS\_\_\_\_\_ au fonds de placement AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD ("Investment Management Agreement", PP 43'944). En sa qualité de CEO et CIO de AIS\_\_\_\_\_, le prévenu prenait toutes les décisions importantes sur l'affectation et la surveillance des avoirs du fonds de placement AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD et partant du ASU\_\_\_\_\_. Par conséquent, bien que formellement le prévenu n'avait pas de pouvoir de disposition sur l'affectation des avoirs du fonds, l'initiative et l'impulsion de confier les avoirs des clients à Bernard MADOFF, ultérieurement par le biais d'un fonds de placement, provient du prévenu. En sa qualité d'organe du fonds de placement et de AIS\_\_\_\_\_, le prévenu avait un devoir de gestion du fonds de placement et donc du ASU\_\_\_\_\_. Il résulte de ce qui précède que le prévenu revêt la qualité de gérant. 10.1. Pour qu'il y ait gestion déloyale, il faut que le gérant ait violé une obligation liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3c). Le comportement délictueux

- 55 -

P/4010/2009 consiste à violer le devoir de gestion ou de sauvegarde. 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. Cette question s'examine au regard des rapports juridiques qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires administrés compte tenu des dispositions légales ou contractuelles applicables, y compris les éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_967/2013 du 21 février 2014 consid. 3.2.1.; 6B\_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2.; 6B\_446/2010 du 14 janvier 20210 consid. 8.4.1.). 10.2. Dans le cas particulier et selon l'acte d'accusation, il est reproché au prévenu d'avoir violé son devoir de gestion du

ASU\_\_\_\_\_. 10.2.1. A titre liminaire, il convient de relever qu'entre 2001 et 2008, la réglementation suisse relative aux placements collectifs n'était pas applicable à AIS\_\_\_\_\_ (cf. Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) du 2 mars 2012 sur le renforcement de la protection des investisseurs, FF 2012, 3383ss). Entre 2001 et le 1er janvier 2007, l'ancienne loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP) n'était pas applicable, son application aux fonds étrangers supposant notamment l'existence d'un appel au public en Suisse (art. 2 al. 2 LFP en relation avec les art. 45 al. 1 LFP et 1a de l'ordonnance fédérale sur les fonds de placement dans sa teneur du 25 octobre 2000 (BÖSCH, in Commentaire bâlois, Kollektivanlagengesetz, 2009, n° 3ss ad art. 3 LPCC), ce qui n'était pas le cas en l'espèce, le Prospectus du fonds excluant expressément cette possibilité ("There is no public Market for the Participating Shares", p. 2) et tel n'apparaissant pas être le cas à teneur du dossier. Quant à la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC – RS 951.31), en vigueur entre le 1er janvier 2007 et le 1er mars 2013, elle n'était également pas applicable. Ainsi, en sa qualité de gestionnaire d'un fonds de placement collectifs de capitaux à l'étranger, AIS\_\_\_\_\_ n'était soumise à aucune surveillance étatique (cf. art. 3 LFP et art. 13 al. 4 LPCC, en vigueur entre le 1er janvier 2007 et le 1er mars 2013; FF 2012, 3384). 10.2.2. A ce stade, il convient de qualifier les rapports juridiques qui liaient AIS\_\_\_\_\_ à AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD. AIS\_\_\_\_\_ a été désignée Direction du fonds de placement AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD. En cette qualité, il lui incombait de sélectionner les

- 56 -

P/4010/2009 gestionnaires qui géreront les avoirs du fonds conformément aux politiques d'investissement de chaque série (Prospectus p. 8). Leur relation a été définie et formalisée dans un contrat établi en 2003, document soumis au droit des Bahamas (cf. p. 9 du contrat, PP 43'952). Par conséquent, c'est à l'aune du droit des Bahamas qu'il convient d'examiner une éventuelle violation du devoir de gestion de AIS\_\_\_\_\_, a fortiori du prévenu, vis-à-vis du fonds (art. 116 al. 1 et 133 al. 3 LDIP). Selon un arrêt 4A\_274/2011 du Tribunal fédéral, le contenu du droit des Bahamas doit être établi par le juge, moyennant des efforts raisonnables et proportionnés, conformément au principe *jura novit curia*. Le droit des Bahamas n'apparaît pas d'emblée inaccessible, selon notre Haute Cour, de sorte que l'application du droit suisse à titre supplétif, conformément à l'art. 16 al. 2 LDIP, n'est pas possible. 10.2.3. Aux termes du contrat liant AIS\_\_\_\_\_ à AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD, il ressort que les parties sont liées par l'équivalent anglo-saxon d'un contrat de mandat (agency), qu'ils ont nommés Investment Manager Agreement. Dans ce cadre, AIS\_\_\_\_\_ est tenu à une obligation de diligence dans l'exercice des compétences qui lui sont octroyées, "The Investment Manager agrees to use its best effort and judgement and due care in exercising the authority granted to it by Clause 3(...)" (cf. p. 3, PP 43'946). Ainsi le gestionnaire doit-il user de toute la diligence nécessaire lorsqu'il émet des ordres ou des instructions aux dépositaires (clause 3a), lorsqu'il investit dans des sociétés de négoce (clause 3b) ou lorsqu'il conclut ou exécute un contrat qui lui apparaît nécessaire (clause 3c). 10.2.4. A l'instar du droit suisse, le droit du Commonwealth, commun aux pays des Caraïbes y compris les Bahamas, interprète cette obligation de diligence en ce sens que le mandataire est tenu de veiller aux intérêts du mandant ainsi que d'agir loyalement et de bonne foi dans l'exercice de son mandat. Il doit en outre éviter tout conflit d'intérêts (RAMLOGAN/PERSADIE, Commonwealth Caribbean Business Law, 2nd éd., 2010, p. 381). La doctrine anglaise relève par ailleurs que, sauf instructions contraires, le mandataire

ne doit pas un résultat mais doit s'assurer d'utiliser toute la diligence nécessaire pour y parvenir (Bowstead & Reynolds on Agency, 20ème éd., 2014, p. 8). 11.1. Avant d'examiner le devoir de diligence, il convient de mettre en exergue que le fonds en question était destiné exclusivement à des investisseurs sophistiqués, le Prospectus mentionnant au surplus que le fonds était de nature spéculative et destiné à des personnes capable de supporter le risque d'investir dans un tel fonds, aucune assurance n'étant donnée quant aux performances du fonds, l'attention de

- 57 -

P/4010/2009 l'investisseur étant de surcroît attirée sur le fait qu'il pourrait perdre la totalité des fonds investis (cf. p. 2, 3, 16, 17, 20 et 33 du Prospectus). Le Prospectus met un exergue un certain de nombre de risques, réputés acceptés par l'investisseur (Prospectus, p. 20ss et 33ss). 11.2. Selon le Prospectus de AB\_\_\_\_\_ MULTIADVISORS LTD, AIS\_\_\_\_\_ était désignée Direction du fonds. En cette qualité, il lui appartenait de choisir diligemment, conformément aux termes des art. 3 et 4 de l'Investment Management Agreement, les gestionnaires et de les surveiller, plus particulièrement d'identifier les risques liés à la gestion confiée, de les analyser et de les évaluer (p. 8 du Prospectus: "the Investment Manager, who will select and allocate the Fund's assets among a pool of external investment managers in accordance with the investment objectives set forth in each series"). Il convient, tout d'abord, de relever qu'en souscrivant dans le fonds, tout investisseur attestait avoir reçu, en particulier, le Prospectus du fonds, les suppléments relatifs aux classes et les états financiers (pt 12.A.vii du document de souscription, PP 55'083ss, 55'088). Par ailleurs, la situation telle que connue à l'époque des faits, soit ex ante, doit être appréciée et ce au vu des connaissances de l'époque et non celles prévalant après l'arrestation de Bernard MADOFF. Comme susmentionné, dans le cadre de la procédure dite BANQUE G\_\_\_\_\_, deux expertises privées ont été sollicitées par AIS\_\_\_\_\_ et produites. Il ressort du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ et de l'audition des experts dans le cadre de la présente procédure que CONSEIL D\_\_\_\_\_ n'a trouvé aucune preuve établissant que AIS\_\_\_\_\_ n'aurait pas agi de manière raisonnable dans le cadre de sa due diligence. Au contraire, selon eux, AIS\_\_\_\_\_ avait dument évalué différents secteurs de risques, y compris des risques opérationnels, avait tenu compte plus spécifiquement de certains risques qu'elle avait évalués et considérés comme acceptables. Au surplus, les risques identifiés avaient été mis en exergue dans les documents contractuels du fonds. Le rapport CONSEIL C\_\_\_\_\_ ne conclut pas différemment, soit l'absence de tout manquement de la part de AIS\_\_\_\_\_, ce qu'un des experts a confirmé lors de son audition dans la présente procédure. 11.3. Ceci étant dit, il convient à présent d'examiner si AIS\_\_\_\_\_ a choisi diligemment les gestionnaires et les a surveillés conformément à ses devoirs.

- 58 -

P/4010/2009 S'agissant du choix du gestionnaire du ASU\_\_\_\_\_, Bernard MADOFF jouissait d'un grand prestige dans le monde financier nord-américain et international. En tant que pionner du négoce boursier électronique, il a activement participé à la création de la NASDAQ, actuellement le deuxième marché des actions aux Etats-Unis en termes de volumes négociés. Il était, en outre, membre des conseils d'administration de la SECURITIES INDUSTRY ASSOCIATION et de la NASD, ainsi que membre fondateur de la INTERNATIONAL SECURITIES CLEARING CORP à Londres. Il a enfin assumé, en 1990, 1991 et 1993, le rôle de président du conseil d'administration de la NASDAQ, poste qui a durablement contribué à assoir sa réputation dans les milieux financiers (cf. rapport de

la FINMA du 2 mars 2010 et rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ p. 38). Il a également fondé avec d'autres acteurs du marché PRIMEX TRADING ("a company to provide a platform to trade stocks using an auction system"). Bernard MADOFF a fondé BMIS en 1960, société internationalement reconnue pour son activité de market maker. En tant que broker dealer, BMIS était enregistrée auprès de plusieurs autorités de surveillance, notamment la SEC et la NASD, ce qui était propre à renforcer encore plus la confiance des investisseurs à son égard (cf. PP 51'824). Conformément à la législation américaine, les sociétés de courtage sont soumises à des exigences de capital minimum (Net Capital Rule, art. 15 C (3)(1) Securities Exchange Act de 1934), de ségrégation des titres (art. 15C (3)(2) et (3) Exchange Act, Customer Balances and Customer Protection Rule) de même qu'à l'obligation d'établir des comptes reflétant fidèlement la situation du courtier (art. 17A (3), (4), (5) et (11) Exchange Act). A cela s'ajoutent des exigences relatives de l'estimation des risques (Risk Assessment requirements, art. 17h-1T et 17h-2T) dont le respect est vérifié par les autorités de surveillance. Bernard MADOFF et sa société bénéficiaient d'un grand prestige. Le broker était parvenu, de surcroît, à créer un sentiment d'exclusivité chez ses clients, qui se sentaient privilégiés lorsqu'ils étaient admis dans le cercle prétendument restreint de ses investisseurs. Cette réputation sans tâche s'étendait également aux membres de la famille de Bernard MADOFF, actifs au sein de BMIS. Son frère, Peter MADOFF, était membre du conseil d'administration de la NASD et de la DTC, ainsi que président de la région de New York. Sa nièce, Shana MADOFF, était membre des conseils d'administration de la NASD et du Compliance Advisory Group. Quant à un de ses fils, Andrew MADOFF, il avait été, durant une année, membre du comité consultatif de la NASD. Ainsi, la confiance suscitée par Bernard MADOFF était légitime. Lors de sa désignation comme gestionnaire du ASU\_\_\_\_\_, Bernard MADOFF ou sa société

- 59 -

P/4010/2009 n'avait jamais été sanctionné par les autorités de surveillance si ce n'est pour quelques infractions mineures. Aucun reproche ne peut être formulé à l'encontre du prévenu quant au choix du gérant du ASU\_\_\_\_\_. 11.4. S'agissant du suivi du gestionnaire MADOFF, de 1996 jusqu'à l'arrestation de Bernard MADOFF en 2008, de multiples rencontres ont été organisées dans les locaux de l'intéressé tant en présence que hors présence du prévenu. Outre ces visites, le prévenu et les membres de son équipe ont régulièrement examiné la place dans le marché de BMIS, ses activités, l'étendue de la supervision dont elle faisait l'objet et contrôlé que les sociétés de Bernard MADOFF ne faisaient pas l'objet de sanctions de la part des autorités de surveillance. Des sanctions pour des infractions mineures ont été relevées. Ainsi, les contrôles subséquents effectués par le prévenu n'ont pas remis en question la respectabilité dont bénéficiait Bernard MADOFF et ses sociétés. En 2006, BMIS a été enregistré auprès de la SEC comme gérant (investment advisor) augmentant ainsi encore plus sa respectabilité (cf. audition EMPLOYE CONSEIL C\_\_\_\_\_, PP 23'822). Les rapports CONSEIL D\_\_\_\_\_ et CONSEIL C\_\_\_\_\_ ont mis en exergue la surveillance dont faisait l'objet Bernard MADOFF. 11.5. S'agissant du nom du gérant, il était connu des investisseurs, au demeurant sophistiqués comme susmentionné. En effet, le Prospectus mentionne avoir établi un compte discrétionnaire avec un courtier américain (broker dealer), les états financiers du fonds mentionnant expressément qu'il s'agit de la société de Bernard MADOFF, BMIS (p. 2, 3 et 20 des états financiers). 11.6. Au moment d'investir et jusqu'à son auto-dénonciation, Bernard MADOFF était reconnu dans le monde de la finance, respecté et bénéficiait d'un grand prestige. Il était surveillé par des

régulateurs, parmi les plus strictes au monde. Il n'avait jamais été sanctionné par les autorités de surveillance si ce n'est pour des infractions mineures. Au vu de ce qui précède, on ne saurait reprocher au prévenu d'avoir choisi Bernard MADOFF, via BMIS, ou un manquement dans la surveillance de ce gestionnaire, ce

- 60 -

P/4010/2009 d'autant plus que les investisseurs sophistiqués étaient informés de la personne du gérant. D'ailleurs, Y\_\_\_\_\_ a précisément souscrit des parts du ASU\_\_\_\_\_ car il recherchait un "produit MADOFF".

## **E. 12**

Il convient à présent d'examiner la gestion confiée.

### **E. 12.1**

La stratégie d'investissement appliquée par le ASU\_\_\_\_\_, dite "split-strike conversion", est précisément décrite dans le Prospectus (cf. p. 31), qui mentionne que Bernard MADOFF est responsable de l'exécution de la stratégie d'investissement (p. 31 et 33 du Prospectus), le précité pouvant au surplus décider de conserver les actifs en espèces ou outils équivalents, celui-ci utilisant usuellement des bons du Trésor américain. La stratégie appliquée a été examinée par AIS\_\_\_\_\_ tout au long de sa relation avec Bernard MADOFF. Dans un rapport de 1998 déjà, EMPLOYE A\_\_\_\_\_ et EMPLOYE B\_\_\_\_\_ arrivaient à la conclusion que cette stratégie d'investissement était simple et transparente avec de solides gardes fous destinés à réduire le risque de baisse des marchés. Cette stratégie et les risques qu'elle impliquait ont fait l'objet d'analyses subséquentes par AIS\_\_\_\_\_ (cf. due diligence du 7 décembre 1999 de EMPLOYE B\_\_\_\_\_, rapport d'août 2003, rapport de EMPLOYE E\_\_\_\_\_ sur la conversation téléphonique qu'il avait eu avec Bernard MADOFF le 1er juillet 2004, etc.). En substance, si les détails de cette stratégie restaient secrets, en particulier comment Bernard MADOFF choisissait le moment d'entrer ou de sortir du marché, il était relevé qu'AIS\_\_\_\_\_ recevait tous les jours les tickets d'opération, ce qui lui permettait de s'assurer de l'exécution de la stratégie convenue. S'agissant des risques liés à cette stratégie, ils étaient extrêmement limités au vu de la liquidité des titres achetés. Sur sa compréhension de la stratégie mise en place, Bernard MADOFF dira que le prévenu, X\_\_\_\_\_, l'avait comprise (déclaration Bernard MADOFF, p. 73 et 201, PP 55'723). Le rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ confirme que AIS\_\_\_\_\_ avait compris la stratégie mise en place et que les risques étaient limités (rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_, p. 10). L'investisseur était informé de la stratégie utilisée, du fait que Bernard MADOFF était responsable de l'exécution de cette stratégie et dépositaire des avoirs. Il était également expressément informé du manque de données indépendantes sur la stratégie appliquée (Prospectus "Dépendance vis-à-vis du broker dealer", p. 33/34) et que Bernard MADOFF n'était pas enregistré auprès de la SEC comme gestionnaire pour ASU\_\_\_\_\_ (cf. Prospectus p. 31 à 33 et états financiers). Enfin, l'investisseur était également informé du fait que le succès de la stratégie mise en

- 61 -

P/4010/2009 place dépendait largement des capacités de Bernard MADOFF d'atteindre les objectifs fixés (notamment p. 33 du Prospectus), aucune garantie sur les performances futures n'étant donnée (notamment p. 33 du Prospectus). AIS\_\_\_\_\_ s'est également interrogée sur le fait que Bernard MADOFF n'était pas enregistré comme gérant de fonds.

Cette particularité a été expressément examinée par le conseil juridique interne de AIS\_\_\_\_\_ en 2002 et par les avocats externes de AIS\_\_\_\_\_ (cf. notes de EMPLOYE H\_\_\_\_\_), ainsi que par la suite (cf. également rapport d'août 2003, rapport de EMPLOYE K\_\_\_\_\_, rapport de EMPLOYE E\_\_\_\_\_ de juillet 2006). Il en est résulté que Bernard MADOFF agissait conformément à la loi car il ne percevait pas de rémunération des fonds qu'il gérait et prétendait que son activité était secondaire par rapport à son activité principale (cf. à cet égard rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ p. 49). Cet élément a continué à être examiné par la suite par AIS\_\_\_\_\_ sans que cela ne soulève de problème. Cet élément a été porté à la connaissance des investisseurs qui savaient que le broker dealer, soit Bernard MADOFF, n'était pas enregistré comme gérant, bien qu'il puisse être considéré comme agissant de manière similaire (cf. p. 35 du Prospectus). Il sera relevé, tout d'abord, que la Présidente de la SEC, Lori RICHARDS, a contacté Bernard MADOFF sur ce point, qui l'a rassurée en l'informant ne pas gérer de hedge funds, mais appliquer la stratégie d'investissement que les hedge funds avaient mis en place. Aucune enquête n'a été ouverte par la SEC à la suite de cette conversation. Ensuite, en 2006, en raison d'un changement de législation, Bernard MADOFF a été requis de s'enregistrer comme gérant auprès de la SEC, ce qu'il fera avec succès. Cet enregistrement par la SEC "validait" l'activité de Bernard MADOFF en qualité de gestionnaire ("investment advisor").

### **E. 12.2**

La stratégie mise en place impliquait l'utilisation de transactions sur options, lesquelles devaient être effectuées de gré-à-gré, soit OTC. Bernard MADOFF n'a jamais dévoilé l'identité des contreparties. L'investisseur était, quant à lui, informé que les transactions sur options étaient effectuées de gré-à-gré, soit sur un marché non réglementé ("Over-the-counter") (p. 22, 31, 32 du Prospectus), outre des risques généraux de contrepartie, notamment de défaillance (p. 22). Il n'est pas mentionné dans les documents contractuels du fonds que l'identité des contreparties est connue du fonds.

- 62 -

P/4010/2009 AIS\_\_\_\_\_ s'est interrogé sur la qualité des contreparties et s'est fiée aux explications que Bernard MADOFF lui donnait à cet égard. Pour contrebalancer ce défaut de connaissance, AIS\_\_\_\_\_ a mis en exergue la réputation de Bernard MADOFF et sa connaissance du marché des options, Bernard MADOFF ayant été fondateur et Président du conseil d'administration de CLEARING CORP (cf. rapport d'août 2003, PP 55'913) et ayant participé à la constitution de la NASD (cf. jugement MOSTOLES "(...) était un parfait connaisseur", p. 35). Il ressort du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ qu'en pratique, la plupart des courtiers ne révélaient pas l'identité des contreparties (p. 10 et 17 du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_). EMPLOYE Q\_\_\_\_\_ a confirmé qu'il était très courant pour un broker dealer de ne pas divulguer le nom des contreparties pour des questions de savoir-faire (PP 21'101). EMPLOYE I\_\_\_\_\_ a également mentionné que, dans le domaine des investissements alternatifs, il y avait pas mal d'opacité destinée à protéger la stratégie d'investissement (PP 22'553). Y\_\_\_\_\_ ne dit pas autre chose puisqu'il a déclaré dans le cadre de la présente procédure que les contreparties n'avaient jamais été une préoccupation majeure, personne n'imaginait qu'une contrepartie puisse faire défaut (PP 21'896), et il n'était pas sûr d'avoir abordé le sujet avec DIRIGEANT SOCIETE BB\_\_\_\_\_ (animateur de SOCIETE BB\_\_\_\_\_, le promoteur de plusieurs feeder funds, dont FONDS H\_\_\_\_\_, rémunéré pour effectuer la due diligence; lequel s'est suicidé après l'arrestation de Bernard MADOFF). Le réviseur du fonds, REVISEUR\_\_\_\_\_, a rencontré Bernard MADOFF. REVISEUR\_\_\_\_\_

a confirmé, dans son rapport de visite, que Bernard MADOFF utilisait de nombreuses contreparties et que les transactions sur options étaient effectuées de gré-à-gré. Sans connaître l'identité des contreparties, AIS\_\_\_\_\_ a analysé le risque de défaut des contreparties et l'a considéré acceptable vu la liquidité du sous-jacent (i.e. rapport d'août 2003, "basket of highly liquid stocks", rapport de EMPLOYE E\_\_\_\_\_ de juillet 2006; rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ p. 10). Interrogé sur la qualité des contreparties utilisées et leur nombre, Bernard MADOFF a toujours affirmé qu'elles étaient de premier ordre ("all major institutions", rapport du 19 septembre 2001, PP 55'907) et qu'il en utilisait 12 différentes (rapport d'août 2003; PV audition EMPLOYE Q\_\_\_\_\_). Par ailleurs, en ce qui concerne la faillite de LEHMAN BROTHER, Bernard MADOFF a assuré que sa stratégie n'était pas touchée, ce qui était exact vu que les contreparties n'existaient pas. A relever que l'identité des contreparties n'était pas mentionnée sur les tickets d'opération sans que cela ne suscite de réactions de la part de la banque dépositaire,

- 63 -

P/4010/2009 de l'agent administratif ou du réviseur du fonds, à l'instar de la banque BANQUE C\_\_\_\_\_ (actuelle BANQUE D\_\_\_\_\_ GENEVE SA), qui agissait alors comme banque dépositaire et agent administratif du feeder fund FONDS H\_\_\_\_\_, notamment lorsque Y\_\_\_\_\_ était directeur général de cette banque. S'agissant de la notation minimale des contreparties mentionnée dans les états financiers (p. 19 "Credit Risk"), le prévenu a déclaré que la contrepartie en question était relative au risque de crédit en lien avec la ligne de crédit mise à disposition du fonds, soit en l'occurrence par DEPOSITAIRE\_\_\_\_\_, pour couvrir le risque de change entre les comptes courants de ASU\_\_\_\_\_ émis en devises différentes. Cette explication est corroborée par la systématique des états financiers (il est fait mention à la notation des contreparties sous le chapitre "Credit Risk" et non sous celui "Counterparty Risk"), ainsi que par l'attestation du réviseur de ASU\_\_\_\_\_, REVISEUR\_\_\_\_\_. Elle a été également confirmée par EMPLOYE Q\_\_\_\_\_ (PP 21'108). Partant, l'indication d'une notation minimale des contreparties se réfère à DEPOSITAIRE\_\_\_\_\_ et non aux contreparties aux transactions sur options. Quoi qu'il en soit, même si des assurances avaient été données aux investisseurs sur une notation minimale des contreparties, cette information n'aurait pu être que celle transmise par Bernard MADOFF lui-même et cela ne changerait rien sur le fait qu'AIS\_\_\_\_\_ ne connaissait pas l'identité des contreparties.

### **E. 12.3**

Pour mettre en place sa stratégie, Bernard MADOFF prétendait devoir disposer des avoirs. Ainsi, bien que le dépositaire des avoirs soit une banque, cette tâche avait été sous-déléguée à Bernard MADOFF. Cette question a beaucoup occupé AIS\_\_\_\_\_, qui a interrogé Bernard MADOFF à plusieurs reprises à cet égard (cf. rapport du 19 septembre 2001, note de EMPLOYE H\_\_\_\_\_). Ce dernier avait donné deux explications qu'AIS\_\_\_\_\_ avait estimées crédibles, tout comme la banque dépositaire – DEPOSITAIRE\_\_\_\_\_ –, l'agent administratif, le réviseur – REVISEUR\_\_\_\_\_ –. Le rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ mentionne, quant à lui, que les explications de Bernard MADOFF étaient "raisonnables" compte tenu de l'importance du timing dans la stratégie dite "Split-strike conversion" (p. 43 rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_). Par ailleurs, il n'était, à l'époque des faits, pas inhabituel dans l'industrie des hedge funds d'avoir un gestionnaire dépositaire des avoirs, voir même un broker dealer de la même entreprise (p. 43 du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_). Bernard MADOFF affirmait que les titres étaient déposés auprès de la DTC (cf. rapport CONSEIL

C \_\_\_\_\_ sur la DTC, p. 32ss). AIS \_\_\_\_\_ a examiné les risques liés au fait que Bernard MADOFF était dépositaire des avoirs du fonds.

- 64 -

P/4010/2009 La liste des titulaires des comptes auprès de la DTC est publique. En revanche, seul le titulaire du compte et la SEC, dans son activité de surveillance, ont un accès aux comptes en question. AIS \_\_\_\_\_ savait donc que BMIS était titulaire du seul compte no 0646 auprès de la DTC, mais n'avait pas accès à celui-ci. Néanmoins, selon AIS \_\_\_\_\_, en sa qualité de broker dealer, Bernard MADOFF était soumis au Customer Protection Rule qui lui imposait de ségréguer, dans ses comptes, les avoirs de ses clients avec ses propres avoirs afin d'éviter que le broker utilise les fonds de ses clients pour financer sa propre activité (cf. note de EMPLOYE H \_\_\_\_\_, rapport du 1er février 2006, rapport de juillet 2006; rapport CONSEIL D \_\_\_\_\_ p. 21 pt 37; PV EMPLOYE I \_\_\_\_\_, PP 22'554). Un avis de droit a été demandé sur cette question de ségrégation des avoirs par AIS \_\_\_\_\_ (cf. note de EMPLOYE H \_\_\_\_\_). Par la suite, AIS \_\_\_\_\_ s'est interrogé sur le rôle de la DTC ou sur la régularité des contrôles de la SEC (cf. EMPLOYE E \_\_\_\_\_, PP 65'263-5). Selon les informations obtenues par AIS \_\_\_\_\_, les autorités de surveillance n'avaient constaté aucune irrégularité sur cette question (cf. rapport EMPLOYE F \_\_\_\_\_ du 1er février 2006). Le 8 mai 2006, AIS \_\_\_\_\_ a contacté la DTC, soit EMPLOYE DTC \_\_\_\_\_, qui a confirmé que BMIS était un participant direct à la DTC, mais ne pas pouvoir donner d'informations sur l'état du compte, seul BMIS pouvant y donner accès. AIS \_\_\_\_\_, soit EMPLOYE E \_\_\_\_\_, en a conclu que la tenue du compte était conforme aux standards de la branche (cf. rapport EMPLOYE E \_\_\_\_\_ juillet 2006). AIS \_\_\_\_\_ a toujours considéré que le fait que Bernard MADOFF soit dépositaire des avoirs était un risque "fondamental" (cf. PP 65'312 notamment) et donc que les investisseurs devaient en être avertis (PP 65'312 ou note EMPLOYE H \_\_\_\_\_). Par ailleurs, le manque d'indépendance du réviseur de BMIS, toute petite société de révision, dont le seul client important était BMIS, a été également mis en exergue par AIS \_\_\_\_\_. Néanmoins, AIS \_\_\_\_\_ a considéré que BMIS était surveillé, en sa qualité de broker dealer, d'envergure au demeurant ("strong financial standing", rapport de EMPLOYE E \_\_\_\_\_ de juillet 2006 notamment), par la SEC et la FINRA, ainsi que par la FSA en Angleterre. Les titres étaient déposés auprès de la DTC, ce qui garantissait une vérification par un tiers (cf. rapport EMPLOYE E \_\_\_\_\_ de juillet 2006). AIS \_\_\_\_\_ avait parlé à diverses reprises avec le réviseur de Bernard MADOFF et l'avait rencontré les 18 novembre 2005 et 11 juillet 2006 pour s'assurer de la réalité des informations données par Bernard MADOFF. Sur la réalité des transactions effectuées par Bernard MADOFF, AIS \_\_\_\_\_ recevait, tous les jours et durant plus de 10 ans, les tickets d'opération et les relevés

- 65 -

P/4010/2009 de compte mensuels. Sur la base de ces tickets, la valeur nette d'inventaire était calculée par la banque dépositaire, DEPOSITAIRE \_\_\_\_\_, elle-même soumise à la révision de REVISEUR 2 \_\_\_\_\_. REVISEUR 2 \_\_\_\_\_, pour le compte de DEPOSITAIRE \_\_\_\_\_, qui agissait comme banque dépositaire de plusieurs feeder funds, a effectué un audit, à deux reprises, sur les activités de Bernard MADOFF, dans les locaux de BMIS. Cet audit n'a révélé aucune activité suspecte. Le fonds AB \_\_\_\_\_ MULTIADVISORS était lui-même révisé par REVISEUR \_\_\_\_\_. REVISEUR \_\_\_\_\_, soit EMPLOYE 1 REVISEUR \_\_\_\_\_ et EMPLOYE 2 REVISEUR \_\_\_\_\_, ont rencontré Bernard MADOFF en 2004, rencontre qui n'a suscité aucune question pour ce réviseur.

Certes, AIS\_\_\_\_\_ n'a jamais effectué un suivi de transaction dans les locaux de BMIS. Toutefois, AIS\_\_\_\_\_ avait connaissance du fait que EMPLOYE 2 FONDS B\_\_\_\_\_, pour le feeder fund FONDS B\_\_\_\_\_ (plus de US\$ 7 milliards confiés à Bernard MADOFF), avait pu le faire (cf. conversation téléphonique du 6 mars 2005, PP 65'265). BMIS disposait du compte no 0646 auprès de la DTC. Il n'est pas établi que Bernard MADOFF avait l'obligation d'ouvrir un compte distinct pour chacun de ses clients (cf. jugement MOSTOLES, p. 37). Par ailleurs, pour ses opérations propres, le broker dealer n'a pas besoin d'un compte auprès de la DTC (déclaration EMPLOYE Q\_\_\_\_\_). Quant aux investisseurs, ils sont expressément informés que le dépositaire des avoirs, DEPOSITAIRE\_\_\_\_\_, n'assume aucune responsabilité en cas de dépôt des avoirs auprès d'un broker dealer enregistré auprès des autorités de régulation américaines (Prospectus, p. 13 et 22) et que les avoirs du ASU\_\_\_\_\_ sont précisément déposés auprès de BMIS (p. 31 du Prospectus et p. 2 des états financiers). Par ailleurs, les investisseurs sont mis en garde sur le risque que: i) le broker dealer peut disparaître avec les avoirs, que les avoirs du broker dealer peuvent être détournés ("misappropriated"), étant précisé que l'information donnée par le broker dealer peut être fausses ou frauduleuse, la Direction du fonds et l'administrateur pouvant se fier aux informations communiquées, pour autant qu'ils soient de bonne foi, et ne sont pas obligés d'entreprendre des démarches pour vérifier la véracité desdites informations (p. 36 du Prospectus). Il sied de relever que Y\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il n'avait pas demandé à SOCIETE BB\_\_\_\_\_ de vérifier le dépôt des titres auprès de la DTC (PP 21'896). Il résulte de ce qui précède que, certes, AIS\_\_\_\_\_ n'a pas demandé à Bernard MADOFF un accès direct au compte de la DTC, accès qui lui aurait été refusé. Par ailleurs, AIS\_\_\_\_\_ n'a pas effectué de suivi de transactions. AIS\_\_\_\_\_ n'a jamais

- 66 -

P/4010/2009 eu accès au 17ème étage du Lipstick Building, lieu de l'activité frauduleuse de Bernard MADOFF. AIS\_\_\_\_\_ n'a fait que prévoir contractuellement l'obligation pour Bernard MADOFF de ne pas mélanger les avoirs de ASU\_\_\_\_\_ avec ses propres avoirs, étant précisé que Bernard MADOFF était expressément autorisé à mélanger les avoirs de ses différents clients (cf. Master Agreement: "Madoff shall be permitted to aggregate AIS\_\_\_\_\_ 's assets with those of other clients for whom it executes trades provided it does not commingle those with its own assets"). Toutefois, BMIS était surveillé par la SEC en sa qualité de broker dealer, REVISEUR 2\_\_\_\_\_ avait effectué, pour le compte de DEPOSITAIRE\_\_\_\_\_, qui agissait comme dépositaire des avoirs, un audit sur les activités de BMIS en qualité de gérant, FONDS B\_\_\_\_\_ avait pu suivre une transaction au sein de BMIS, REVISEUR\_\_\_\_\_ avait interrogé Bernard MADOFF sur ses activités, AIS\_\_\_\_\_ s'est entretenu avec le réviseur de Bernard MADOFF, soit FRIEHLING & HOROWITZ, AIS\_\_\_\_\_ recevait tous les tickets de transactions et AIS\_\_\_\_\_ a contacté la DTC pour s'assurer de l'existence d'un compte ouvert par BMIS. Par ailleurs, en 2006, la SEC a enregistré Bernard MADOFF comme gérant ("investment advisor") sans contrôler l'existence des titres et la ségrégations des avoirs des feeder funds dans le compte de BMIS, plus précisément sans procéder à un contrôle indépendant auprès de la DTC et ce, alors même qu'elle avait été alertée, notamment le 22 décembre 2005, par Harry MARKOPOULOS qui avait émis l'hypothèse d'un schéma de Ponzi ("The World's Largest Hedge Fund Is a Fraud"), étant précisé que seule la SEC avait alors connaissance de la dénonciation de Harry MARKOPOULOS. La SEC s'est fiée aux informations données par Bernard MADOFF sans procéder à un contrôle indépendant auprès de la DTC, alors qu'elle

avait le pouvoir et le devoir de le faire, considérant comme inconcevable l'existence d'un schéma de Ponzi selon les propos de Bernard MADOFF (PP 55'196, déclaration du 17 juin 2009 de Bernard MADOFF à la SEC; rapport du 31 août 2009 de la SEC "Investigation of Failure of the SEC to uncover Bernard Madoff's Ponzi Scheme"). A cet égard, il sied de relever la sophistication de la fraude de Bernard MADOFF, qui avait mis en place, avec ses informaticiens Jérôme O'HARA et George PEREZ, des programmes informatiques destinés à déjouer les contrôles de la SEC. L'un des programmes avait isolé une vingtaine de clients de BMIS et générait pour ces clients les tickets de transactions et relevés mensuels faisant apparaître que les titres n'étaient pas déposés auprès de la DTC, mais auprès d'institutions tierces, les opérations étant soi-disant exécutées sur une base livraison contre paiement (PP 20'247). Par ailleurs, BMIS avait accès à une interface de la DTC dans le cadre de ses activités de courtage. Bernard MADOFF et ses comparses avait créé, à partir de cette interface, un programme informatique, qui leur permettait de générer des

- 67 -

P/4010/2009 relevés mensuels, identiques dans leur apparence aux documents officiels qu'ils recevaient de la DTC, en utilisant la même qualité de papier que celui employé par la DTC elle-même (n. 60 let. c p. 60 plainte PICARD c. informaticiens). Il résulte de ce qui précède que AIS\_\_\_\_\_ avait identifié le risque lié au dépôt des avoirs auprès de Bernard MADOFF, mais qu'elle a considéré ce risque comme acceptable au vu des éléments susmentionnés, risque communiqué aux investisseurs, qui l'ont accepté en investissant dans une des séries du ASU\_\_\_\_\_.

#### **E. 12.4**

AIS\_\_\_\_\_ a encore identifié plusieurs autres risques, les a analysés et considérés comme acceptables. Ainsi, AIS\_\_\_\_\_ n'a pas ignoré le manque d'indépendance du réviseur de Bernard MADOFF, FRIEHLING & HOROWITZ, mais, elle a considéré que ce risque était compensé par la surveillance accrue de l'activité de BMIS par les autorités de surveillance américaines et anglaise. AIS\_\_\_\_\_ a également mis en évidence que toutes les fonctions importantes au sein de BMIS étaient détenues par des membres de la famille de Bernard MADOFF. Néanmoins, la société était efficacement et professionnellement gérée (cf. rapport EMPLOYE E\_\_\_\_\_ de juillet 2006). Le rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ (p. 43) met en avant la réputation de Bernard MADOFF et des membres de sa famille, ainsi que le fait que BMIS avait été enregistré comme gérant en 2006, ce qui contrebalançait ce risque, qui avait été correctement évalué par AIS\_\_\_\_\_. S'agissant de l'absence de commissions prélevées par Bernard MADOFF sur l'activité de gestion, AIS\_\_\_\_\_ a également examiné cet élément en relevant que l'intéressé disait tirer sa rémunération de son activité de courtage, US\$ 0.04 par action, ce qui lui évitait au demeurant de s'enregistrer comme gestionnaire auprès de la SEC (rapport août 2003). La rémunération prélevée par Bernard MADOFF était conforme à la pratique du marché. Par ailleurs, selon le rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_, l'absence de commission de gestion ou de performance n'était pas un indice de fraude (rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_, p. 44). Bernard MADOFF demandait que son nom ne soit pas mentionné dans la documentation contractuelle du fonds. AIS\_\_\_\_\_ a estimé qu'il fallait respecter cette exigence. En contrepartie, AIS\_\_\_\_\_ disposait d'une complète transparence ("full transparency", rapport du 9 décembre 1998) sur l'activité de Bernard MADOFF dès lors que AIS\_\_\_\_\_ recevait tous les tickets d'opération, ce qui était plus important, selon eux, que de connaître le nom du gestionnaire. En 2002, les avocats d'AIS\_\_\_\_\_ estimaient qu'au vu de la documentation contractuelle mise en place et vu que

Bernard MADOFF ne faisait qu'exécuter la stratégie d'investissement du fonds, il n'était pas nécessaire que son nom soit mentionné dans

- 68 -

P/4010/2009 le Prospectus et les états financiers (note EMPLOYE H\_\_\_\_\_). A relever que le nom de Bernard MADOFF a quand même été indiqué dans les états financiers. S'agissant de la transmission des tickets d'opération "en papier", soit par courrier ou par fax, et non par voie électronique, Bernard MADOFF soutenait que cela permettait d'éviter que sa stratégie ne soit copiée. Ce risque a été identifié par AIS\_\_\_\_\_, qui a considéré que le fait de recevoir les tickets d'opération était déjà plus transparent que chez les autres hedge funds, qui ne transmettaient pas du tout les tickets d'opération. Le rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ n'y voit pas de manquement.

### **E. 12.5**

S'agissant de la surveillance de l'exécution de la stratégie, AIS\_\_\_\_\_ a toujours reçu tous les tickets de transactions et relevés mensuels du compte. Au fil des années, la documentation contractuelle liant Bernard MADOFF au fonds est devenue de plus en plus restrictive pour Bernard MADOFF en ce sens qu'elle restreignait le pouvoir de disposition du précité sur les avoirs. Dans ce sens, un document, intitulé Trading Authorization Limited to Purchases and Sales of Securities, avait été initialement conclu avec Bernard MADOFF. En 2002, à la suite des recommandations du réviseur interne du groupe BANQUE A\_\_\_\_\_ (cf. rapport du 21 mars 2002) et des avocats d'AIS\_\_\_\_\_ (cf. note interne EMPLOYE H\_\_\_\_\_ en lien avec la visite des 18 et 19 septembre 2002), un nouveau document a été mis en place (cf. Trading Autorization Directive, annexe 2 au rapport d'août 2003). Le 23 juillet 2007, dans le cadre notamment du lancement de fonds espagnols (i.e. rapport du 29 juin 2007, PP 65'312), un contrat-cadre (Master Agreement, PP 91'149ss) a été signé entre BMIS et ASU\_\_\_\_\_, contrat qui regroupait tous les autres contrats. La nouvelle Trading Authorisation Directive (PP 910171) définissait plus encore le pouvoir discrétionnaire de Bernard MADOFF sur les avoirs (i.e. BMIS devait rester à hauteur de 75% en capitalisation du marché et avoir une corrélation de 95% ou plus entre l'indice S&P100 et son portefeuille; les options de couverture devaient être achetées le même jour que les actions sous-jacentes; la valeur notionnelle des puts devait être égale à 100% à la valeur notionnelle des titres protégés). En outre, une liste de titres (PP 91'173) était annexée à ce contrat-cadre, BMIS ne pouvant acheter que les titres figurant sur cette liste, modifiable sous certaines conditions. Cette liste sera modifiée à deux reprises (cf. listes des 22 mai 2008 et 30 juillet 2008, PP50'472-1). Dans l'hypothèse d'achat de titres en dehors de la liste convenue, le fonds pouvait extourner la transaction. Aucune extourne n'a été effectuée (PP 49'702ss).

- 69 -

P/4010/2009 Le contrat-cadre prévoyait également qu'un réviseur indépendant devait attester du respect du contrat-cadre. Enfin, AIS\_\_\_\_\_ a finalisé un Operational Risk Due Diligence Manuel en novembre 2008, approuvé par le Conseil d'Administration de AIS\_\_\_\_\_ (PP 49'909ss).

### **E. 12.6**

AIS\_\_\_\_\_ contrôlait le respect de la Trading Authorization Directive en comparant les tickets de transactions sur option avec la stratégie d'investissement (cf. PP 42'106ss et 42'112ss). Elle procédait à une analyse mensuelle de la performance (PP 50'743ss) et la

commentait (cf. PP 42'100ss; commentaires effectués par EMPLOYE E\_\_\_\_\_ qui mettait en évidence les éléments significatifs du mois, ses contacts avec Bernard MADOFF, les raisons probables des entrées et sorties du marché par le précité). Elle vérifiait également que les tickets de transaction sur titres correspondaient aux informations publiques – BLOOMBERG - (cf. 42'118ss) ou aux données figurant sur les relevés mensuels (PV X\_\_\_\_\_ 20'636). AIS\_\_\_\_\_ comparait également les rendements de AIS\_\_\_\_\_ avec ceux d'autres feeders funds, soit FONDS B\_\_\_\_\_, FONDS C\_\_\_\_\_ et FONDS D\_\_\_\_\_ – FONDS D\_\_\_\_\_ qui était autorisé à la distribution en et à partir de la Suisse - (cf. PP 42'119 et 50'018ss). Cette analyse était revue par le comité d'investissement d'AIS\_\_\_\_\_ qui se réunissait tous les mois. Les états financiers de ASU\_\_\_\_\_ faisaient l'objet d'un rapport de révision de REVISEUR\_\_\_\_\_, rapport qui était revu par AIS\_\_\_\_\_. Le 23 octobre 2007, AIS\_\_\_\_\_ a acquis le logiciel FOFIX, dont les résultats sur l'analyse des performances du ASU\_\_\_\_\_ par le biais du compte Infiltrator étaient positifs (PP 49'797). En tout état, il ressort du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ (p. 41) qu'avec les connaissances prévalant avant l'arrestation de Bernard MADOFF, il était improbable que cet outil FOFIX détecte la fraude (cf. jugement MOSTOLES, p. 31). Dès juin 2008, AIS\_\_\_\_\_ effectuait des études quantitatives de risques à l'attention du conseil d'administration de ASU\_\_\_\_\_ conformément aux nouvelles règles d'audit en vigueur en Irlande (i.e. IFRS 7) (cf. PP 49'722ss). Avant juin 2008, de tels analyses de risques étaient effectuées par le comité d'investissement de AIS\_\_\_\_\_, au moyen d'un software dit PerTrac, et envoyées au conseil d'administration de ASU\_\_\_\_\_ (cf. PP 49'704ss). Comme susmentionné, le contrat-cadre prévoyait également qu'un réviseur indépendant devait attester du respect du contrat-cadre. AIS\_\_\_\_\_ a reçu les attestations demandées de FRIEHLING & HOROWITZ (PP 49'929ss et 49'931ss).

- 70 -

P/4010/2009 BMIS avait toujours respecté les règles du Master Agreement.

#### **E. 12.7**

Les auteurs du rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_ ont examiné la qualité du travail effectué par AIS\_\_\_\_\_ dans son analyse quantitative, en particulier sur le respect de la Trading Authorization Directive (cf. rapport CONSEIL D\_\_\_\_\_, p. 25 à 37). Ils en concluent que le travail avait été correctement effectué par AIS\_\_\_\_\_. 13.1. En mai 2001, deux articles critiques sont parus sur l'activité de gestion de Bernard MADOFF dans MAR HEDGE (mai 2001) et dans BARRON'S (7 mai 2001). A la suite de la parution de ces articles, le prévenu a déclaré avoir discuté et rencontré plusieurs fois Bernard MADOFF (PV, PP 20'619). Le 11 septembre 2001, la rencontre a eu lieu en présence de DIRIGEANT SOCIETE E\_\_\_\_\_ (fondateur du feeder fund FONDS A\_\_\_\_\_ et de la société de gestion de fortune genevoise SOCIETE E\_\_\_\_\_) et EMPLOYE B\_\_\_\_\_. Bernard MADOFF a répondu à toutes les interrogations soulevées par les articles en question. Par ailleurs, il ressort du rapport du 19 septembre 2001, que AIS\_\_\_\_\_ a examiné la crédibilité des réponses données et les a trouvées satisfaisantes. Comme susmentionné, des démarches ont été effectuées par la suite par AIS\_\_\_\_\_ pour clarifier la situation (i.e. rencontre les 18 et 19 septembre 2002 avec les avocats d'AIS\_\_\_\_\_, mise en place d'une nouvelle Trading Autorization Directive, recherches sur Bernard MADOFF et sa société notamment au sujet de ses autorités de surveillance). 13.2. Dans un courriel du 16 juin 2004, EMPLOYE D\_\_\_\_\_ a émis l'hypothèse d'un schéma de Ponzi en l'excluant tout aussitôt. Il ressort de la procédure qu'AIS\_\_\_\_\_ n'est pas restée passive à la suite de la rencontre la veille avec les dirigeants

du fonds FONDS E\_\_\_\_\_. Le 1er juillet 2004, EMPLOYE E\_\_\_\_\_ a eu une discussion avec Franck DIPASCALI. Il en a conclu que certaines réponses méritaient des éclaircissements, notamment sur la manière dont Bernard MADOFF choisissait d'entrer sur le marché. Le 13 juillet 2004, il a eu un téléphone avec son équivalent chez FONDS B\_\_\_\_\_ et le 6 mars 2005, il avait été informé par cette même personne qu'un des dirigeants de FONDS B\_\_\_\_\_, EMPLOYE 2 FONDS B\_\_\_\_\_, avait pu suivre une transaction dans les locaux de Bernard MADOFF (cf. PP 65'265 sur le suivi effectué). Le 15 octobre 2004, il en a eu une autre avec EMPLOYE 3 REVISEUR\_\_\_\_\_de REVISEUR\_\_\_\_\_, étant précisé que REVISEUR\_\_\_\_\_ était également le réviseur de FONDS B\_\_\_\_\_.

- 71 -

P/4010/2009 Par ailleurs, Bernard MADOFF avait donné des explications aux interrogations données, notamment en soutenant investir par tranches, allouer les opérations au pro rata des avoirs investis par chaque fonds (déclaration MADOFF à la SEC, p. 66-67, PP 21'024), raison pour laquelle l'heure des transactions sur options n'étaient pas mentionnée sur les tickets d'opération, ou encore se réfugier en bons du trésor américains lorsqu'il estimait qu'il ne fallait pas investir. Certes, il s'est révélé par la suite que l'analyse des dirigeants de FONDS E\_\_\_\_\_ s'est révélée exacte. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue qu'à l'époque, il n'était pas possible de connaître le montant total géré par Bernard MADOFF en raison de la structure mise en place (cf. à cet égard déclaration MADOFF, p. 115 à 117, 137, PP 55'734-9), que l'hypothèse était basée sur le fait que l'intégralité des avoirs confiés entraient et sortaient du marché et que les transactions sur options se faisaient sur le Chicago Board Exchange, alors que Bernard MADOFF soutenait investir par tranche, se réfugier parfois en bons du Trésor américains et que les transaction sur options se faisaient OTC (déclaration MADOFF à la SEC, p. 64). A cela s'ajoute la complexité de la fraude mise en place ainsi que les stratagèmes destinés à déjouer les contrôles des feeders funds (e.g. FONDS B\_\_\_\_\_), des réviseurs (e.g. REVISEUR 2\_\_\_\_\_) et des autorités de surveillance (i.e. SEC), étant au surplus rappelé qu'AIS\_\_\_\_\_recevait tous les tickets de transactions et effectuait des contrôles sur ceux-ci comme mentionné supra. Enfin et surtout, en avançant en substance les mêmes arguments que ceux des dirigeants de FONDS E\_\_\_\_\_, notamment sur le volume des transactions, Harry MARKOPOULOS a dénoncé les faits à la SEC à plusieurs reprises, notamment en 2005 ("The World's Largest Hedge Fund Is a Fraud"). Or, la SEC, qui disposait des moyens pour vérifier l'existence des actifs sur le compte BMIS auprès de la DTC, n'a pas jugé cette dénonciation crédible et, en 2006, la SEC a enregistré Bernard MADOFF comme gérant de fonds ("investment manager") après l'avoir entendu sous serment le 19 mai 2006. 13.3. Dans un rapport de août 2005, EMPLOYE K\_\_\_\_\_, se demandait la raison pour laquelle la stratégie de Bernard MADOFF ne pouvait pas être répliquée et comment le précité réussissait à obtenir des rendements aussi stables. Le manque de vérification indépendante de l'état des avoirs de ASU\_\_\_\_\_ était, à nouveau, relevé. A cet égard, il sera fait référence à ce qui a déjà été mentionné supra sur les démarches effectuées par le prévenu, notamment, mais pas seulement, la conclusion du contrat-cadre et l'adoption et ses annexes. 13.4. En conclusion, il n'est pas soutenable de dire que AIS\_\_\_\_\_ n'a pas effectué de due diligence.

- 72 -

P/4010/2009 Des équipes entières étaient dédiées à ce travail, soit EMPLOYE A\_\_\_\_\_, EMPLOYE B\_\_\_\_\_, EMPLOYE C\_\_\_\_\_, mais surtout EMPLOYE D\_\_\_\_\_ et

EMPLOYE E \_\_\_\_\_ en charge de la due diligence non opérationnelle. En 2005, EMPLOYE F \_\_\_\_\_ a été chargé de la due diligence opérationnelle. Il s'est adjoint les services de EMPLOYE V \_\_\_\_\_, EMPLOYE W \_\_\_\_\_, EMPLOYE X \_\_\_\_\_, EMPLOYE Y \_\_\_\_\_. A relever qu'en sept ans d'instruction, aucune de ces personnes n'a été entendue dans le cadre de la présente procédure et donc le prévenu n'a jamais eu l'occasion d'interroger ces personnes. Certes, le prévenu a accepté toutes les conditions fixées par Bernard MADOFF pour bénéficier de ses services, en particulier de lui confier le dépôt des avoirs, de ne pas le laisser apparaître comme le gestionnaire direct des fonds, de ne pas recevoir électroniquement les tickets d'opération et les relevés mensuels, de ne pas avoir un accès direct au compte de la DTC, de ne pas connaître le nom des contreparties, alors même que le système mis en place par Bernard MADOFF comportait un risque de fraude dès lors qu'il se trouvait être le gestionnaire, dépositaire et broker des avoirs et disposait d'un petit réviseur inconnu et nullement indépendant. Le prévenu a accepté ces conditions dès lors que le feeder fund était profitable à tous. Toutefois, il ressort de ce qui précède que les risques liés à la particularité de la situation ont été identifiés par le prévenu et ses équipes, analysés et les éléments clés ont été mis en avant dans la documentation contractuelle du fonds. Ainsi, en investissant dans le ASU \_\_\_\_\_, l'investisseur connaissait les risques principaux liés à cet investissement et les acceptait. Dans cette mesure, on ne saurait reprocher au prévenu de ne pas avoir décelé la fraude sous le couvert d'une violation d'un devoir de gestion. Les éléments qui précèdent ne permettent pas d'arriver à un résultat autre que celui auquel est arrivé le Juge espagnol dans le jugement Mostoles rendu en 2011, soit il y a plus de 4 ans, Juge qui s'est fondé dans une large mesure sur deux rapports d'expertise rendus en 2011 également et émanant d'experts internationalement reconnus, alors qu'aucune expertise n'a été requise dans le cadre de la présente procédure, qui se fonde en majeure partie sur les déclarations de Y \_\_\_\_\_ qui a un intérêt personnel dans le cadre de la présente procédure. Le liquidateur de la faillite de BMIS est arrivé au même résultat le 22 mai 2009, tout comme le Tribunal de Madrid par jugement du 25 janvier 2013, confirmé sur appel, le Tribunal de Barcelone confirmé sur appel ou encore EXPERT ASG \_\_\_\_\_ dans

- 73 -

P/4010/2009 son rapport rendu pour le compte de l'Association suisse des gérants de fortune (PP 24'114). 13.5. Par conséquent, le prévenu n'a pas violé son devoir de gérant du fonds. En tout état, si violation il y a eu, elle n'est nullement intentionnelle, mais ne pourrait être qu'une négligence, non punissable, comme l'a relevé l'ancien conseil de la partie plaignante d'ailleurs dans un courrier du 23 décembre 2008. 14.1. Sur le plan subjectif, l'infraction à l'art. 158 ch. 1 CP est de nature intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant. Vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, la jurisprudence exige cependant que le dol éventuel soit nettement et effectivement caractérisé (ATF 123 IV 17 consid. 3e). 14.2. En l'espèce, il n'est pas possible d'établir au vu des éléments de la procédure que le prévenu avait connaissance de l'existence du schéma de Ponzi ou même qu'il l'ait envisagé et ce, ne serait-ce qu'à teneur du courriel du 21 novembre 2008. A cet égard, il convient de ne pas perdre de vue que MADOFF avait mis sur pied un système sophistiqué avec plusieurs comparses qui a dupé un grand nombre de personnes, dont en premier lieu la SEC. Ainsi, dès lors que le prévenu ignorait la fraude, il n'est pas possible de retenir qu'il a violé son devoir de gestion en acceptant l'éventualité que les avoirs du fonds qu'AIS \_\_\_\_\_ gérât soient lésés. En effet, si les intérêts du fonds ont été lésés, c'est en raison de l'existence d'un schéma de Ponzi que le prévenu n'a pas envisagé. Le fait qu'il ait

proposé qu'une partie de la rémunération variable des employés clés de AIS\_\_\_\_\_ soit investie dans le ASU\_\_\_\_\_ ou qu'il ait conseillé à des membres de sa famille d'investir va dans le même sens. Le fait également qu'il propose en 2008 d'acquérir une participation dans AIS\_\_\_\_\_, dont à tout le moins un tiers des avoirs gérés étaient confiés à Bernard MADOFF, exclu également l'élément subjectif.

## **E. 15**

Le prévenu conclut à la condamnation de l'Etat de Genève à lui payer les sommes de CHF 3'452'455.50, CHF 6'954.20, CHF 11'525.-, CHF 32'073.62, CHF 38'700 et CHF 3'900.-, avec intérêts, à titre d'indemnité pour ses frais de défense.

### **E. 15.1**

Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. Selon l'alinéa 2 de cet article, l'autorité pénale examine d'office les prétentions du prévenu et peut enjoindre à celui-ci de les chiffrer et de les justifier.

- 74 -

P/4010/2009 Seul le prévenu bénéficie de ce droit (Petit commentaire du CPP, no 3 ad art. 429 CPP). Le caractère exclusif de la réglementation des art. 416ss CPP découle de la règle selon laquelle la faculté octroyée aux parties d'obtenir des indemnités de procédure exclut l'existence de toute créance résiduelle reposant notamment sur les règles de la responsabilité civile, dans l'hypothèse où les indemnités ne couvriraient pas l'intégralité des frais et préjudices effectifs encourus par la partie considérée (Yvan JEANNERET, L'indemnisation du prévenu poursuivi à tort... ou à raison, in *Le tort moral en question Journée de la responsabilité civile 2012*, p.113). Selon la jurisprudence, une indemnité ne peut être refusée pour le motif que les frais du procès sont couverts par une assurance de protection juridique parce que la partie s'est assurée à ses frais contre le risque de devoir supporter elle-même les frais du procès, mais non pas pour en libérer sa partie adverse (ATF 117 Ia 295 consid. 3). Ce principe a été rappelé dans un récent arrêt 6B\_958/2015 du 24 novembre 2015, en italien et destiné à la publication, le Tribunal fédéral précisant que ce principe est applicable lorsque le risque des coûts est assumé par une assurance responsabilité civile. Le Tribunal fédéral en explique la raison, à savoir que la stipulation d'assurance et le paiement des primes y relatives ne protège l'assuré que du risque des coûts à sa charge. Dans un arrêt AARP/158/2015 du 24 mars 2015, la Cour de justice a considéré que le fait que l'employeur ait payé certaines provisions sur honoraires n'avait pas d'influence sur le droit à la couverture des frais de défense, les faits s'étant produits durant l'exercice de l'activité professionnelle du prévenu.

### **E. 15.2**

En l'occurrence et au vu de ce qui précède, quand bien même les frais de défense du prévenu sont pris en charge par l'assureur de AIS\_\_\_\_\_, il est le seul à pouvoir en demander le remboursement et est légitimé à le faire sur la seule base de l'art. 429 CPP, la créance en réparation des frais de défense s'éteignant à la fin de la procédure pénale. Admettre que le prévenu n'est pas en droit de demander une indemnité pour ses frais de défense car ceux-ci sont pris en charge par l'assurance de son ancien employeur, reviendrait à faire assumer la responsabilité qui incombe à l'Etat sur la base de l'art. 429 CPP à un tiers

qui n'a fait que couvrir un risque au moyen du paiement de primes ou encore à faire bénéficier l'Etat d'une assurance dont il n'est pas le preneur de primes. Le Tribunal fédéral a mis fin à toute controverse à cet égard dans son arrêt susmentionné du 24 novembre 2015. Le principe de la prise en charge des frais de défense du prévenu acquitté par l'Etat est donc acquis. L'indemnisation prévue par l'art. 429 al. 1 let. a CPP prévoit un "exercice raisonnable des droits de procédure".

- 75 -

P/4010/2009 Le dossier est d'une certaine ampleur et d'une grande densité. Il est complexe en raison des notions financières qu'il implique. La procédure a été longue, soit sept ans, les audiences d'instruction nombreuses, soit des dizaines, et la manière dont l'instruction a été menée a nécessité un travail considérable aux avocats des parties, à l'instar d'une commission rogatoire annulée au dernier moment sans raison, des observations requises, du tri des pièces saisies, du caviardage de pièces, de la production de pièces à décharge, de huit délais successifs accordés aux parties pour leurs réquisitions de preuve au sens de l'art. 318 CPP. Si l'enjeu direct de la procédure était de US\$ 101'000.- comme retenu par le Ministère public dans son acte d'accusation, dès lors que celui-ci retenait une violation du devoir de gestion de X\_\_\_\_\_ vis-à-vis du SUS qui gérait environ US\$ 3'000'000'000.-, l'exposition était, indirectement bien supérieure au montant figurant dans l'acte d'accusation. Par ailleurs, il est apparu depuis le début de la procédure que Y\_\_\_\_\_, dont les honoraires d'avocat ont été pris en charge, à tout le moins partiellement, par ses clients, avait investi environ CHF 38'000'000.- dans le ASU\_\_\_\_\_ pour le compte de ses clients, agissait indirectement dans la procédure en leur nom. Au vu de ces éléments, l'intervention de deux avocats apparaît raisonnable (cf. arrêt 6B\_875/2013 du 7 avril 2014 du Tribunal fédéral) et doit être pris en charge. Néanmoins, la défense indique avoir consacré un total de 9'370 heures de travail. Ce montant correspond à près de 5 ans de travail consacré exclusivement à ce dossier, ce qui ne peut être accepté. Si un certain nombre de doublon est inévitable vu l'intervention de deux avocats sur le même dossier, leur présence systématique à tous les actes d'instruction n'est pas nécessaire, ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'avocats associés et chevronnés. Par ailleurs, à l'examen des relevés d'activité, on relève que 44 avocats ou avocats- stagiaires sont intervenus dans le dossier. Cette quantité d'intervenants implique de nombreuses réunions internes, séances de briefing ou debriefing, révision par les avocats associés des travaux effectués par des subalternes, la formation des collaborateurs et stagiaires qui se sont succédés, autant d'actes qui ne sont pas nécessaires. Par ailleurs, si l'intervention de deux avocats est raisonnable, il n'en va pas de même de la présence et de la facturation de quatre, voire cinq, avocats pour une même audience. Si le caviardage se justifie pour des raisons de secret professionnel, il doit néanmoins permettre au juge de contrôler l'activité déployée. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le caviardage effectué rend totalement impossible la vérification de la nécessité des actes effectués, à instar des mentions: "work with", "study of", "telcon

- 76 -

P/4010/2009 with", "email to", "meeting with", "review of", "research re", "review of", "modification of", "trip to". D'autres actes ne peuvent pas être pris en compte tels que: "drafting agenda for meeting of 2 September 2010", "work on redaction of invoices", "work of to do list for trial". Au vu de ce qui précède, le Tribunal n'a d'autre choix que de procéder à une réduction de la note d'honoraires sans mentionner les postes supprimés. Les avis de droit du Pr NIGGLY ne seront pas remboursés, ces avis n'étant pas déterminants pour

l'issue du litige et portent au demeurant sur le droit suisse (Yvan JEANNERET, op. cit., p.113). Un montant total de CHF 1'000'000.-. sera alloué à titre de frais de défense. Des intérêts moratoires sont dus. Ils seront fixés à une date moyenne du 1er septembre 2012 (cf. à cet égard notamment AARP/5/2012 du 13 janvier 2012 et AARP/161/2011 du 7 novembre 2011; ACPR/72/2012 du 21 février 2012).

## **E. 16**

Le prévenu chiffre sa perte de gain à plus de CHF 12'000'000.-, mais conclut à la condamnation de l'Etat de Genève à lui payer la somme de CHF 3'000'000.-, avec intérêts, à titre d'indemnité pour le dommage économique liée à la perte de son emploi, subsidiairement une indemnité équitable au titre de dommage à la carrière, en application de l'art. 42 al. 2 CO. 16.1.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. b CPP, si le prévenu est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale. L'évaluation du dommage économique se fait en application des règles générales en matière de responsabilité civile (Commentaire bâlois du CPP, n. 25 ad art. 429 ; Commentaire romand du CPP, n. 41 ad art. 429 ; PITTELOUD, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, 2012, n. 1342 p. 885 ; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, 2013, n. 5064). Conformément aux principes généraux, le dommage correspond à la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister dans une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou dans un gain manqué ; il équivaut à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 139 V 176 consid. 8.1.1 p. 187 ss ; ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470 et les références citées). Le responsable n'est tenu de réparer que le dommage qui se trouve dans un rapport de causalité adéquate avec l'acte qui fonde sa responsabilité (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470). Il

- 77 -

P/4010/2009 appartient au lésé de prouver non seulement l'existence et l'étendue du dommage, mais aussi le lien de causalité entre celui-ci et l'événement à la base de son action. 16.1.2. À teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du préjudice et permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1016/2013 du 10 juin 2014 consid. 3.1).

### **E. 16.2**

En l'occurrence, il résulte des pièces produites par la défense (pièces 13 du chargé déposé à l'appui des prétentions en indemnité) et des déclarations du prévenu, qu'informée de la prochaine inculpation du prévenu, SOCIETE E\_\_\_\_\_ a demandé au précité de donner sa

démission avec effet immédiat au 8 juillet 2009, étant précisé qu'il est notoire que SOCIETE E\_\_\_\_\_ disposait de son propre feeder fund MADOFF et que la présence du prévenu inculpé de gestion déloyale aggravée en lien avec sa gestion d'un autre feeder fund MADOFF pouvait devenir délicate (cf. ordonnances de la Chambre d'accusation OCA/46/2010 et OCA/47/2010 du 24 février 2010 confirmant le refus d'inculpation du Juge d'instruction de SOCIETE E\_\_\_\_\_ et de ses administrateurs). La différence de salaire entre 2009 et 2010 s'élève à plus de CHF 2'000'000.-, ce qui démontre l'impact de l'inculpation sur les gains du prévenu. Par la suite, ses revenus se sont élevés à environ CHF 380'000.-. Pour établir son dommage économique, le prévenu se base sur ses revenus de 2009 comme point de référence. Or, il n'est pas possible de se fonder sur les revenus 2009 d'environ CHF 2'400'000.- dès lors que le prévenu a quitté SOCIETE E\_\_\_\_\_ en juillet 2009 et que l'on ignore si ce montant tient compte d'une indemnité de départ, pratique cependant courante dans l'industrie en question. Il n'est pas non plus possible de tenir compte des revenus 2008 d'environ CHF 3'500'000.-. En effet, le prévenu a quitté AIS\_\_\_\_\_ fin septembre 2008 pour rejoindre SOCIETE E\_\_\_\_\_ avec cinq autres employés de AIS\_\_\_\_\_ et des avoirs - 78 -

P/4010/2009 sous gestion de quelque CHF 100'000'000.-. Le prévenu n'a pas perçu son bonus 2008 de AIS\_\_\_\_\_, dès lors qu'il avait démissionné, mais de son nouvel employeur. Il n'est pas non plus possible de tenir compte des revenus 2007 d'environ CHF 1'200'000.- dès lors qu'à cette époque le prévenu était le CEO et CIO d'une société employant environ 80 employés à travers le monde et ayant CHF 11'000'000'000.- d'avoirs sous gestion. Au vu de ces éléments, il n'est pas possible d'établir la perte de gain du prévenu depuis son inculpation en 2009, ce d'autant plus qu'il convient de tenir compte de l'impact de la crise financière sur les salaires et du fait qu'en quittant AIS\_\_\_\_\_, le prévenu a également diminué ses responsabilités. Par conséquent, cette perte de gain sera déterminée équitablement et fixée à un montant de CHF 1'000'000.-, avec un intérêts à 5 % dès le 1er septembre 2012, ce montant tient compte du temps que le prévenu a dû consacrer à préparer et assister aux audiences et de son atteinte à son avenir économique consécutif à la procédure.

### **E. 16.3**

Le prévenu sera débouté de ses prétentions en indemnisation pour un dommage à sa carrière, ce dommage étant inclus dans le poste précédent.

### **E. 16.4**

Le prévenu sera également débouté de ses prétentions en indemnité découlant de l'immobilisation de son patrimoine, à savoir des intérêts de 5% sur la somme de CHF 96'000.- déposée sur le compte du Pouvoir judiciaire. En effet, bien que le séquestre était infondé, il n'en demeure pas moins que le prévenu n'a pas fait recours contre celui-ci et, surtout, a spontanément offert de verser l'équivalent de la somme séquestrée sur le compte du Pouvoir judiciaire. Dans cette mesure, il ne saurait prétendre à des intérêts sur cette somme, ce d'autant plus qu'il n'est pas démontré qu'il aurait pu bénéficier d'un tel rendement dans une banque.

### **E. 17**

Le prévenu conclut à la condamnation de l'Etat de Genève à lui payer un montant de CHF 30'000.-, avec intérêts, à titre de tort moral.

### **E. 17.1**

À teneur de l'art. 429 al. 1 let. c CPP, le prévenu a notamment droit, s'il bénéficie d'une ordonnance de classement ou d'un acquittement total ou partiel, à une réparation du tort moral subi en raison d'une atteinte particulièrement grave à sa personnalité, notamment en cas de privation de liberté. A teneur de l'art. 49 CO, pour qu'une indemnité pour tort moral soit due, il faut donc que la victime ait subi un tort moral, que celui-ci soit en relation de causalité adéquate avec l'atteinte, que celle-ci soit illicite et qu'elle soit imputable à son auteur, que la gravité du tort moral le justifie et que l'auteur n'ait pas donné satisfaction à la victime autrement (ATF 131 III 26 consid. 12.1 p. 29).

- 79 -

P/4010/2009 Constituent des atteintes particulièrement graves à la personnalité du prévenu au sens de l'art. 429 al. 1 let. c in fine CPP : une privation de liberté, une perquisition d'un retentissement public ou si l'affaire a eu des retombées médiatiques ou familiales (NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER, op. cit., n. 27 ad art. 429). Une atteinte grave à la personnalité n'est pas déjà donnée par le seul poids psychique inhérent à toute procédure pénale (SCHMID, op. cit., n. 11 ad art. 429 ; ACPR/140/2013 du 12 avril 2013). Lorsque l'indemnisation se fait sous la forme d'un capital, le demandeur a droit aux intérêts de celui-ci. Ces intérêts, dont le taux s'élève à 5% (art. 73 CO), courent en principe à partir du jour de l'évènement dommageable et ce, jusqu'au moment de la capitalisation. Il s'agit d'intérêts du dommage ou intérêts compensatoires, qui ont pour but de remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si la réparation du dommage avait eu lieu immédiatement (THÉVENOZ/WERRO, Commentaire romand: Code des obligations I, Genève, Bâle, Munich, 2003, n. 19 ad art. 42 et n. 3 ad art. 104).

### **E. 17.2**

En l'espèce, il est évident qu'une inculpation pour gestion déloyale aggravée affecte au plus haut point un homme qui bénéficiait d'un poste à responsabilités dans la finance, d'autant plus lorsque la procédure pénale dure sept ans et que l'affaire a eu un fort retentissement médiatique. Le prévenu a vu, au fil des ans, son nom et sa photographie affichés dans les médias à travers le monde et s'est vu associer à l'escroc new yorkais Bernard MADOFF. Il s'est vu forcer de démissionner de chez son nouvel employeur avant son inculpation puis a dû préparer et assister à de très nombreuses audiences d'instruction, assumer une commission rogatoire en Espagne destinée à auditionner des personnes de haut rang et médiatiques, alors même que les responsables des contrôles de la gestion et des risques, EMPLOYE D\_\_\_\_\_, EMPLOYE E\_\_\_\_\_, EMPLOYE G\_\_\_\_\_, EMPLOYE F\_\_\_\_\_, n'ont jamais été entendus contradictoirement, tout comme Bernard MADOFF. Il a, par ailleurs, activement participé à la procédure pour prouver son innocence. Le prévenu a encore dû subir le séquestre de ses comptes bancaires à hauteur de US\$ 101'000.- le 30 septembre 2014, soit plus de cinq ans après son inculpation, alors même qu'il est citoyen suisse, domicilié en Suisse avec sa femme et ses enfants, qu'il travaille en Suisse, qu'il possède des biens mobiliers et immobiliers en Suisse, alors même que le Ministère public n'a pris aucune conclusion au sujet de la somme séquestrée lors de l'audience de jugement. Tout comme le prévenu a dû assumer une perquisition des locaux de SOCIETE E\_\_\_\_\_ cinq ans après la fin des rapports de travail. Le prévenu est désormais mentionné dans une base de données répertoriant les personnes politiquement exposées, ainsi que les individus et organisations aux

- 80 -

P/4010/2009 profils sensibles (cf. pièce 46 chargé Me LEMBO à l'appui des prétentions en indemnité). Il s'est vu refuser l'accès à la plateforme électronique de la banque dépositaire utilisée par son actuel employeur, réservée aux gérants pour passer leurs ordres (pièce 47 chargé Me LEMBO à l'appui des prétentions en indemnité). Ces mesures et éléments ont porté des atteintes supplémentaires inutiles au crédit, à la réputation professionnelle et à la santé mentale du prévenu. La vie professionnelle, sociale et familiale du prévenu s'est trouvée affectée par la longue procédure. L'allocation d'un tort moral au prévenu ne réparera pas l'atteinte subie, mais devrait pouvoir l'atténuer sensiblement. Par ailleurs, le verdict d'acquiescement devrait également aller en ce sens. Compte tenu de ces éléments, un montant de CHF 15'000.-, avec intérêts à 5% l'an dès le 21 août 2009, sera accordé.

#### **E. 18**

Les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'Etat.

- 81 -

P/4010/2009

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