

# **GE\_GERICHTE OCA/57/2010 vom 15. Dezember 2009**

GE Cour de justice, 2009-12-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_OCA\\_57\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_OCA_57_2010)

FR: GE\_GERICHTE OCA/57/2010 du 15 décembre 2009

IT: GE\_GERICHTE OCA/57/2010 del 15 dicembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi (art. 192 CPP); dirigé contre une décision sujette à recours selon l'art. 190 al. 1 CPP et émanant conjointement de l'inculpé, qui a qualité pour agir (art. 23 CPP), et d'une personne morale directement touchée par la mesure, au sens de l'art. 191 al. 1 let. e CPP, le recours est recevable.

### **E. 2**

Les recourants prétendent que le blocage des avoirs sur le compte de la BANQUE X\_\_\_\_\_ ne pouvait être ordonné, faute d'indices suffisants de la commission d'une infraction. L'intimée conteste avoir signé le moindre mandat de gestion en faveur de G\_\_\_\_\_ et met en cause la violation d'une exigence fondamentale de diversification des placements, telle qu'elle est consacrée par les règles et usages en matière de gestion de fortune.

#### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 158 CP, 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 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au

- 5/9 - P/3785/2009 plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1 al. 1). L'infraction de gestion déloyale suppose donc la réunion de quatre éléments, valables sous l'ancien (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 192 = SJ 1995 p. 4) comme sous le nouveau droit (ATF 6B\_931/2008 du 2 février 2009 consid. 1.2), à savoir : un devoir de gestion ou de sauvegarde, la violation de ce devoir, un dommage et l'intention. La simple violation d'une obligation contractuelle de restituer ne suffit pas (ATF 129 IV 124 consid. 4.1 p. 127 in fine et s.). Il doit exister un lien de causalité entre la violation des devoirs du gérant et le dommage allégué (TRECHSEL, StGB, Kurzkommentar, 2e éd. 1997, n. 13 ad art. 158 CP). Le dommage implique que la personne lésée ait un droit protégé par le droit civil à la compensation du préjudice subi (ATF 6B\_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 4.1).

#### **E. 2.2**

En l'occurrence, il importe peu à ce stade de savoir à qui, de la BANQUE X\_\_\_\_\_ ou de G\_\_\_\_\_, l'intimée avait confié un mandat de gestion. En toute hypothèse, il n'est pas contesté que ce sont les actes personnels de gestion de V\_\_\_\_\_ qui sont mis en cause par l'intimée et ont conduit à l'inculpation du 11 septembre 2009. Le dommage, à savoir la perte de valeur de la totalité des avoirs investis dans le fonds T\_\_\_\_\_, n'est pas contesté non plus. La violation par l'inculpé de ses devoirs, et le lien de causalité avec le dommage, ressortent avec une vraisemblance suffisante du dossier, dès lors que l'investissement de la quasi-totalité des avoirs de l'intimée dans un seul fonds de placement paraît relever –

indépendamment de toute connexion à Bernard MADOFF – d'un risque déraisonnable en soi, faute d'avoir été expressément et sans équivoque demandé dans une telle proportion. En l'état, rien au dossier ne permet de penser que l'intimée ou son père l'auraient valablement voulu. La première le conteste et le second n'a pas été entendu. Il faut relever qu'une concentration excessive de placements sur un seul titre imposait, déjà, un devoir d'informer le client (SJ 2007 I p. 500 consid. 5.2). Constitutive ou non d'un abus de blanc-seing, la survenance du bien-trouvé daté du 4 mars 2008 ne matérialiserait de toute façon pas valablement l'accomplissement de ce devoir d'informer, pour la simple raison que le texte du document ne permet nullement de se convaincre que l'intimée était, par là, consciente du placement de 99,18 % à fin 2007 (PP 30'064), voire de 99,62 % à fin 2008 (PP 10'019 ss.), de ses avoirs dans un seul fonds.

### **E. 3**

Les recourants prétendent que le blocage du compte de la BANQUE X\_\_\_\_\_ viole l'art. 181 CPP. L'intimée soutient que la mesure devrait, au contraire, garantir le paiement d'une créance compensatrice, à ordonner par l'autorité de jugement. La Chambre d'accusation observe à titre liminaire que la mesure elle-même a été prononcée par le Procureur général, sur la base de l'art. 115A CPP, et demeurerait valable jusqu'à nouvelle décision du Ministère public ou du Juge d'instruction (PP 10979 s.) ; l'ordonnance querellée la perpétue donc implicitement.

#### **E. 3.1**

L'art. 115A al. 1 CPP prévoit que le Procureur général saisit les objets et les valeurs susceptibles d'être confisqués ou réalisés en exécution d'une créance compensatrice. Cette mesure, identique à celle l'art. 181 al. 1 CPP, ne peut être ordonnée que lorsque

- 6/9 - P/3785/2009 des indices sérieux permettent d'admettre que l'objet sur lequel elle porte est en relation directe avec une infraction (principe de la spécialité).

Il s'agit d'une mesure provisionnelle, dont le seul but de la saisie conservatoire est en effet de maintenir les biens à laquelle elle s'applique à la disposition de l'autorité de jugement (ATF 89 I 186; BERCHER, Le séquestre pénal, Université de Lausanne, 1992, p. 81), pour, le cas échéant, en assurer la dévolution à l'État ou la restitution aux ayants droit, sans toutefois, en raison de son caractère provisoire, préjuger d'une décision ultérieure de confiscation (ATF 120 IV 367 consid. 1c; 120 IV 299). Elle tend ainsi à supprimer tout avantage que pourraient procurer les objets ou valeurs provenant d'une infraction (PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse, 2006, p. 601 n° 931; OCA 215/1996).

La mesure doit se justifier par la présence d'indices sérieux et suffisants d'infraction. Il est nécessaire qu'il existe un rapport de connexité entre l'infraction et l'objet séquestré (GAILLARD, La confiscation des gains illicites et le droit des tiers, FJS 73 p. 32). Il a toutefois été jugé que la saisie pouvait avoir pour objet des biens, certes présents dans le patrimoine concerné, mais dépourvus d'une connexité immédiate avec l'infraction (arrêt du Tribunal fédéral 1P.94/1990 du 15 juin 1990 p. 5).

Une saisie ne peut être maintenue si les conditions de sa mise en œuvre ne sont plus réunies. La personne touchée a le droit d'en demander la levée lorsqu'un changement des circonstances l'exige ou le justifie (SJ 1990 p. 445), soit lorsque les indices de connexité entre les biens saisis et l'infraction ne sont plus suffisants.

Enfin, il a aussi été jugé que tant que l'état actuel de l'enquête ne permet pas de déterminer exactement la part des fonds concernés qui pourrait provenir d'une activité criminelle et qu'un doute sérieux subsiste sur ce point, l'intérêt public exige que les fonds demeurent en totalité à la disposition de la justice (arrêt du Tribunal fédéral 1P.405/1993 du 8 novembre 1993 p. 8).

### **E. 3.2**

Lorsque ni la valeur originale, ni une vraie ou une fausse valeur de remplacement ne sont disponibles (ATF 126 I 97 = JdT 2004 IV 3 consid. dd), le droit fédéral autorise le prononcé d'un séquestre conservatoire portant sur des valeurs patrimoniales, même de provenance licite, jusqu'à concurrence du montant présumé du produit de l'infraction en vue de garantir l'exécution d'une créance compensatrice, au sens de l'art. 71 al. 1 CP, dont le lésé peut demander l'allocation en vertu de l'art. 73 CP. Les art. 115A et 181 CPP accordent ainsi aux autorités de poursuite pénale la possibilité de saisir les objets et valeurs susceptibles d'être confisqués ou réalisés en exécution d'une créance compensatrice.

Ce séquestre est une mesure provisoire qui ne peut viser que la personne concernée, soit l'auteur de l'infraction et tout tiers favorisé d'une manière ou d'une autre par l'infraction (BJP 2001 n° 114 ; ATF 1B\_185/2007 consid. 10.1 in fine).

- 7/9 - P/3785/2009

L'institution de la créance compensatrice trouve essentiellement sa justification dans les principes de l'égalité et d'équité; il s'agit d'empêcher que celui qui a disposé des valeurs sujettes à confiscation soit avantagé par rapport à celui qui les a conservées (ATF 123 IV 70 consid. 3 et les références).

Pour que la créance compensatrice soit ordonnée, il faut que les valeurs patrimoniales assujetties ne soient plus disponibles; tel sera le cas, par exemple lorsqu'elles auront été consommées, dissimulées ou aliénées; de même, s'agissant de choses fongibles, lorsque celles-ci ont été mélangées au point que le « paper trail » ne peut plus être reconstitué. Pour le surplus, les conditions d'application de la créance compensatrice sont les mêmes qu'en matière de confiscation. Les preuves sont dès lors administrées et appréciées de la même manière, que le jugement prononce la confiscation ou qu'il ordonne une créance compensatrice; le juge doit, dans l'un et l'autre cas, établir qu'une infraction génératrice de profit a été commise et que les valeurs patrimoniales déterminées, résultat ou rémunération de cette infraction, ont été incorporées dans le patrimoine de l'intéressé. Si ces valeurs ne sont plus disponibles ou si la preuve de l'identité entre l'objet d'un séquestre et le produit direct de l'infraction ne peut être apportée, seule une créance compensatrice pourra être prononcée (Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse et du code militaire, Révision du droit de la confiscation, du 30 juin 1993, FF 1993 III 303 et les références citées).

Pour en garantir l'exécution, l'art. 71 al. 3 CP prévoit que l'autorité d'instruction pourra placer sous séquestre des éléments du patrimoine de la personne concernée, résultat direct ou indirect de l'infraction, et même celles de provenance licite, jusqu'à concurrence du montant présumé du produit de l'infraction. Il appartiendra ensuite au Tribunal, sur la base des preuves administrées, de confisquer ce qui doit l'être et de maintenir pour le surplus le séquestre en vue de l'exécution de la créance compensatrice qu'il prononcera (Message précité, p. 305).

Ainsi, valeur patrimoniale et créance compensatrice ne constituent pas des solutions alternatives, qui se complèteraient et couvriraient l'ensemble du champ possible des avantages illicites ; la créance compensatrice ne fait que remplacer la disparition de la valeur patrimoniale confiscable (BERTOSSA, Confiscation et corruption, SJ 2009 II p. 384).

### **E. 3.3**

En l'occurrence, le Juge d'instruction n'explique pas à quel titre le compte de G\_\_\_\_\_ doit rester saisi. Certes, dans la décision querellée et dans ses observations, il s'est référé d'emblée à l'opposition de la partie civile, qu'il semble tenir, sinon pour déterminante, du moins pour prépondérante ; mais la loi et la jurisprudence n'imposent rien de tel. Le Procureur général, de son côté, avait uniquement motivé son intervention au titre de mesure conservatoire, destinée à permettre cas échéant la confiscation des avoirs. Comme l'inculpé a déclaré que le montant des rétrocessions qu'il percevait « transitait » par G\_\_\_\_\_ (PP 20'140), il s'ensuit que la mesure ordonnée le 11 mars 2009 a porté, avec une vraisemblance suffisante, sur des valeurs

- 8/9 - P/3785/2009 patrimoniales qui, si elles ne provenaient pas directement d'actes qui lui sont reprochés, seraient clairement destinées à remplacer les valeurs confiscables qui ne se trouvent plus sur ce compte.

### **E. 3.4**

Reste à déterminer l'étendue de la saisie. La perte éprouvée par l'intimée n'est pas pertinente à cet égard. En effet, la saisie pénale ne vise pas à la réparation du dommage mais à la suppression ou à la privation (« Abschöpfung ») de l'avantage illicite ; la confiscation ne constitue pas une forme de réparation du dommage et ne doit pas être confondue avec l'action aquilienne prévue par l'art. 41 CO (ATF 119 IV 17 consid. 2b p. 21 ; 100 IV 106 consid. 1). Dans son recours, l'inculpé explique avoir perçu € 254'690.- de commissions de gestion et € 172'270 de « rétrocommissions » pour le placement des avoirs de l'intimée, soit un total € 426'960.- au-delà duquel la saisie devrait être levée. L'intimée objecte à juste titre que le montant exact de ces rétrocessions n'est pas établi, ce que les recourants concèdent. Le Juge d'instruction a, certes, interrogé l'inculpé sur ces questions, lequel lui a répondu par des taux (PP 20'096), ce qui a conduit le magistrat à faire une estimation des rémunérations prélevées pour l'ensemble de la masse sous gestion (PP 20'097), mais sans en séparer la partie strictement générée par les placements effectués pour l'intimée dans le fonds T\_\_\_\_\_. Il convient de le faire.

### **E. 4**

Sur ce point, le recours doit être admis, et la cause renvoyée au Juge d'instruction pour qu'il établisse la totalité des rémunérations perçues par l'inculpé à raison des placements effectués pour l'intimée dans le fonds T\_\_\_\_\_, puis rende une nouvelle décision.

L'étendue de la saisie se déterminera selon le principe des recettes brutes (ATF 124 I 6 consid. 4b/bb p. 9), c'est-à-dire sans en retrancher d'éventuels frais d'acquisition, dès lors que l'inculpé est le seul employé de G\_\_\_\_\_ (PP 20'093), n'a pas de bureaux (PP 20'097) et travaille depuis son domicile (PP 20'145). La période pertinente courra de l'acquisition des titres T\_\_\_\_\_, en 2007, jusqu'à la fin, ou la suspension, de leur cotation, en 2008.

### **E. 5**

Dans l'intervalle, dès lors qu'elle repose directement sur la décision du Procureur général du 11 mars 2009, entrée en force, la saisie est maintenue de plein droit, sans que les recourants puissent arguer d'une disproportion ou de la nécessité d'honorer leurs créanciers. En effet, en 2009 encore, l'inculpé s'est déclaré propriétaire personnel de biens immobiliers à l'étranger (PP 20'147), soit apparemment de plusieurs appartements (PP 10'118) : leur réalisation apparaît apte à couvrir les charges qu'il évoque, si tant est qu'il n'en perçoive pas de revenus locatifs suffisants. En outre, plusieurs levées partielles ont déjà été consenties, ce qui montre bien que G\_\_\_\_\_ n'a pas été empêchée de respecter ses obligations envers d'autres clients.

## **E. 6**

L'issue de la procédure ne donne pas lieu à la perception d'un émolument, ni à l'allocation de dépens (art. 101A al. 1 CPP a contrario). \* \* \* \* \*

- 9/9 - P/3785/2009 PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE D'ACCUSATION : A la forme : Déclare recevable le recours interjeté par V\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ contre la décision de refus de levée de saisie rendue le 15 décembre 2009 par le Juge d'instruction dans la procédure P/3785/2009. Au fond : L'admet partiellement et annule la décision attaquée. Renvoie la cause au Juge d'instruction pour nouvelle décision, au sens des considérants. Siégeant : Madame Carole BARBEY, présidente; Madame Isabelle CUENDET, Monsieur Christian COQUOZ, juges; Monsieur Thierry GILLIÉRON, greffier.

La présidente : Carole BARBEY

Le greffier : Thierry GILLIÉRON

Indication des voies de recours : Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

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