

# **GE\_GERICHTE P/4241/2020 vom 23. März 2022**

GE Cour de justice, 2022-03-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_4241\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_4241_2020)

FR: GE\_GERICHTE P/4241/2020 du 23 mars 2022

IT: GE\_GERICHTE P/4241/2020 del 23 marzo 2022

## **Regeste**

CLASSEMENT DE LA PROCÉDURE;GESTION DÉLOYALE;RÉTROCESSION(PRODUITS FINANCIERS);MANDATAIRE;OBLIGATION DE RENSEIGNER | CPP.319; CP.158; CO.398.al2; CO.400

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner des quatre plaignantes qui, parties à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), ont qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).!

### **E. 1.2**

Le conseil des recourantes A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ s'est dûment légitimé au moyen d'une procuration, de sorte que les doutes du Ministère public seront écartés.

### **E. 2**

Les deux recours étant dirigés contre la même décision et concernant les mêmes prévenus, il se justifie de les joindre et traiter dans un seul et même arrêt.!

### **E. 3**

Les pièces nouvelles produites à l'appui du recours et des réponses à celui-ci sont recevables, la jurisprudence admettant la production de faits et de moyens de preuve nouveaux en deuxième instance (arrêts du Tribunal fédéral 1B\_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.1 et 3.2 et 1B\_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1).! La recevabilité des écritures spontanées du 14 septembre 2021 – et du rapport d'audit annexé – ainsi que de la lettre des recourantes du 15 février 2022, peut demeurer indécise, ces écritures et pièce ne jouant aucun rôle dans l'issue du recours.

### **E. 4**

Les recourantes reprochent au Ministère public d'avoir constaté les faits de manière erronée. Les passages litigieux ne concernent toutefois nullement l'établissement des faits, le Ministère public s'y livrant à une appréciation des éléments de preuve et de la situation juridique. Quoi qu'il en soit, dès lors que la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait (art. 391 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1), les éventuelles

constatations incomplètes ou inexactes du Ministère public auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-devant.![endif]>![if>

## **E. 5**

Les recourantes C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ invoquent une violation du principe de la bonne foi.![endif]>![if>

### **E. 5.1**

Toute autorité doit, sous peine de violer le principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst. et 3 al. 2 CPP), s'abstenir de procédés déloyaux et de comportements contradictoires, notamment lorsqu'elle agit à l'égard des mêmes justiciables, dans la même affaire ou à l'occasion d'affaires identiques (ATF 111 V 81 consid. 6 p. 87 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B\_640/2012 du 13 novembre 2012 consid. 3.1 et les arrêts cités ; 6B\_481/2009 du 7 septembre 2009 consid. 2.2 ; ACPR/336/2012 du 20 août 2012). À certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances précises qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces dernières (ATF 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125 ; 118 Ib 580 consid. 5a p. 582). De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 ; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les références citées ; ACPR/125/2014 du 6 mars 2014).

### **E. 5.2**

En l'espèce, les recourantes C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont requis du Ministère public, conformément à l'art. 92 CPP, une prolongation au 15 avril 2021 du délai initialement fixé pour prendre position sur les déterminations écrites des prévenus. Le 1<sup>er</sup> mars 2021, cette prolongation a été accordée par le Procureur, qui l'a toutefois révoquée le 9 mars suivant – au motif que ses instructions auraient été mal retranscrites –, pour le ramener au 22 mars 2021. Ce procédé, contraire au principe de la bonne foi au sens des principes sus-rappelés, ne conduit toutefois pas à l'annulation de l'ordonnance querellée. À réception de l'annonce de la révocation, les recourantes ont sollicité du Ministère public le maintien de la prolongation accordée au 15 avril 2021, ce que le Procureur a refusé, le 10 mars 2021. Les recourantes disposaient alors de la possibilité de recourir contre ce refus (cf. ACPR/351/2020 du 27 mai 2020 ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, n. 15 ad art. 393), ce qu'elles n'ont pas fait. Dans l'hypothèse où elles auraient été empêchées sans leur faute de présenter leurs réquisitions de preuve à l'intérieur du délai raccourci – situation qui ne s'est pas présentée – elles auraient aussi pu requérir la restitution du délai (art. 94 CPP).

## **E. 6**

Les recourantes C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ invoquent une violation de leur droit d'être entendues, en raison de la révocation du délai et du rejet selon elles insuffisamment motivé des réquisitions de preuve. ![endif]>![if>

### **E. 6.1**

Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. aussi art. 3 al. 2 let. c CPP et 107 CPP), comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer

sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222; 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299). Une violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit. Une réparation du vice procédural est également possible lorsque le renvoi à l'autorité inférieure constitue une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1 ; ACPR/154/2014 du 17 mars 2014), la partie plaignante pouvant, dans le cadre d'un recours contre une ordonnance de classement, proposer à nouveau des preuves susceptibles de démontrer la culpabilité du prévenu ( ACPR/437/2012 du 15 octobre 2012 ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit. , 2ème éd., Bâle 2019, n. 19 ad art. 318).

## **E. 6.2**

En l'espèce, les recourantes, qui se plaignent d'avoir dû déposer des réquisitions de preuve " relativement brèves " en raison de la révocation du délai précédemment octroyé au 15 avril 2021, n'exposent toutefois pas pourquoi elles n'auraient concrètement pas été en mesure de formuler les réquisitions de preuve complètes dans leur acte de recours. En alléguant, de manière laconique, que le délai de recours ne leur avait pas permis de rattraper le temps perdu, elles ne convainquent pas. Elles ont, de surcroît, eu l'occasion de s'exprimer à nouveau par des écritures de réplique et duplique, dans lesquelles elles auraient pu formuler, si nécessaire, les réquisitions de preuve qu'elles auraient, par hypothèse, été empêchées de formuler plus tôt. Il s'ensuit que l'éventuelle violation du droit d'être entendues des recourantes, causée par la réduction abrupte de la prolongation du délai, a été réparée dans le cadre du recours, la Chambre de céans disposant d'un plein pouvoir de cognition en droit, en fait et en opportunité (art. 391 al. 2 CPP). Par ailleurs, la motivation relative au refus des réquisitions de preuve, bien que succincte, est largement suffisante. Le grief sera dès lors rejeté.

## **E. 7**

Les recourantes A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ formulent le même grief (violation du principe de la bonne foi et de leur droit d'être entendues), alors qu'elles n'ont, contrairement aux précitées, pas fait l'objet d'une révocation de la prolongation de délai. Leur demande de prolongation, au 26 mars 2021, a d'emblée été accordée au 15 mars 2021, report qu'elles n'ont pas contesté. Partant, leur grief tombe à faux. ![/endif]>![if>

## **E. 8**

Les recourantes reprochent au Ministère public d'avoir classé leur plainte pour gestion déloyale contre E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_.![/endif]>![if>

### **E. 8.1**

Conformément à l'art. 319 al. 1 let. a CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage " in dubio pro duriore ". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP

en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) et signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

## **E. 8.2**

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). Le cas de la gestion déloyale aggravée est réalisé lorsque l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime (ch. 1 al. 3).

### **E. 8.2.1**

Revêt la qualité de gérant celui à qui il incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui (ATF 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350; 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). La qualité de gérant suppose 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 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350; 123 IV 17 consid. 3b p. 21). L'organe d'une société de gestion de fortune assume une position de garant envers les clients de la société, de sorte que celer aux clients une information en violation du devoir de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) peut s'inscrire dans une escroquerie commise par omission (ATF 144 IV 294 consid. 3.3 p. 297 ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.23/2002 du 8 avril 2002 consid. 2c). Par analogie, le devoir du mandataire de rendre compte est une obligation accrue ou qualifiée d'agir (cf. ATF 140 IV 11 consid. 2.4.2 p. 15), dont la violation peut être un acte de gestion déloyale réprimé par l'art. 158 ch. 1 CP.

### **E. 8.2.2**

Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP consiste à violer les devoirs inhérents à la qualité de gérant. Le gérant sera ainsi punissable s'il transgresse – par action ou par omission – les obligations spécifiques qui lui incombent en vertu de son devoir de gérer et de protéger les intérêts pécuniaires d'une tierce personne (ATF 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350). Le devoir du mandataire de rendre compte au mandant doit permettre à celui-ci de contrôler que l'activité de son cocontractant réponde à une bonne et fidèle exécution du mandat ; l'information doit le mettre en mesure de réclamer ce que le mandataire doit lui restituer, et, s'il y a lieu, de lui réclamer aussi des dommages-intérêts (ATF 141 III 564 consid. 4.2.1 p. 567). Les obligations de rendre compte et de restituer ne se situent donc pas au même niveau dans le régime légal du mandat; l'effet de cette seconde obligation dépend

au contraire de la bonne exécution de la première (ATF 144 IV 294 consid. 3.3).

### **E. 8.2.3**

Les avantages du mandataire qui doivent être restitués au mandant sur la base de l'art. 400 al. 1 et du devoir de fidélité ancré à l'art. 398 al. 2 CO comprennent également les rétrocessions ou ristournes (ATF 143 III 348 consid. 5.1.1 s. p. 353 ss ; 138 III 755 consid. 4.2 p. 759 s. ; 137 III 393 consid. 2.1 et 2.3 p. 395 s.). Le gérant de fortune doit donc informer ses clients des rétrocessions qu'il reçoit de la banque dépositaire. S'il omet de le faire, il se rend punissable de gestion déloyale (ATF 144 IV 294 consid. 3 p. 295 ss ; arrêt 6B\_54/2019 du 3 mai 2019 consid. 4.3). Le mandant peut renoncer à la remise des rétrocessions (ATF 137 III 393 consid. 2.2 p. 396). Pour qu'une renonciation anticipée à la remise soit valable, le client doit connaître les paramètres nécessaires au calcul du montant total des rétrocessions et permettre une comparaison avec les honoraires de gestion de fortune convenus (ATF 137 III 393 consid. 2.4 p. 399 s.). L'existence d'une clause de renonciation à la restitution ne suffit pas (ATF 137 III 393 consid. 2.6 p. 402). S'il n'a pas préalablement reçu une information complète et véridique concernant les prestations que le gérant recevra de la banque dépositaire, ou, le cas échéant, d'autres tiers, le client ne peut pas valablement libérer son cocontractant de ses devoirs de rendre compte des rétrocessions et de les restituer (ATF 144 IV 294 consid. 3.4. ; 132 IV ATF 132 III 460 consid. 4).

### **E. 8.3**

En l'espèce, les recourantes tiennent E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ pour responsables, en leur qualité d'administrateurs de G\_\_\_\_\_, du préjudice qu'elles ont subi en raison de la non-restitution par la précitée des rétrocessions perçues de tiers. Il est établi que C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ étaient liées par un contrat de gestion avec G\_\_\_\_\_ de 2010 à 2019, A\_\_\_\_\_ de 2010 à 2013 et B\_\_\_\_\_ de 2010 à 2015. Dans leurs recours, A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ ne reviennent pas sur la gestion de leurs avoirs au sein de I\_\_\_\_\_, de sorte qu'il n'en sera pas fait mention. Il n'est pas contesté que G\_\_\_\_\_ a reçu de tiers des rémunérations et rétrocessions, dont ont bénéficié ses administrateurs. Il ressort des principes jurisprudentiels sus-rappelés que les recourantes auraient dû être informées en détail non seulement de la perception de rétrocessions par G\_\_\_\_\_ mais également de leur étendue. La présence, dans le contrat de gestion, d'une clause de non-restitution des rétrocessions n'est pas suffisante. En l'état, les recourantes allèguent ne pas avoir été suffisamment renseignées sur l'existence et l'étendue desdites rétrocessions. Ce fait, qui n'a pas été instruit, peut demeurer indéterminé au vu de ce qui suit. Bien que les recourantes aient signé un contrat de gestion avec la société G\_\_\_\_\_, la gestion de leur patrimoine a, concrètement, été confiée par la précitée à J\_\_\_\_\_, qui, seul, leur a conseillé les placements litigieux. Elles allèguent que le précité non seulement ignorait l'existence et/ou l'étendue des rétrocessions, mais aurait de plus été incité par les intimés à investir dans les produits H\_\_\_\_\_. Ces arguments, destinés à éluder l'implication de J\_\_\_\_\_, ne sont toutefois pas de nature à faire naître une responsabilité pénale de E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_. D'une part, J\_\_\_\_\_ était lui-même administrateur de G\_\_\_\_\_, de sorte qu'il connaissait les produits proposés par cette dernière à sa clientèle, même s'il ne faisait pas partie du comité d'investissement ; d'autre part, même si G\_\_\_\_\_ incitait ses gestionnaires à privilégier ses produits " maison ", il appartenait auxdits gestionnaires – donc à J\_\_\_\_\_ –, conformément à leur devoir de mandataire, de se renseigner sur les fonds proposés à leurs clients, afin de les renseigner en détail, notamment sur l'existence et l'étendue de rétrocessions. Les recourantes tentent en réalité de construire, à l'égard de E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_, une responsabilité objective du fait du produit, inconnue

du droit pénal en matière de gestion déloyale. La jurisprudence qu'elles citent (ATF 144 IV 294 susmentionné) ne leur est d'aucune utilité, dès lors que l'administrateur de la société concernée était aussi le gestionnaire du patrimoine du lésé. Dans la mesure où les recourantes ne critiquent pas l'ordonnance querellée en tant qu'elle s'abstient d'examiner l'éventuelle responsabilité pénale de J\_\_\_\_\_, il n'y a pas lieu d'y revenir. Le recours sera dès lors rejeté sur ce point.

#### **E. 8.4**

S'agissant de leur investissement dans le produit N\_\_\_\_\_, les recourantes se plaignent de ne pas avoir reçu le rendement escompté de 60% – promesse qui ne résulte d'aucune des pièces produites –, soit un gain manqué qu'elles attribuent à la " disparition " de quelque EUR 3 millions, après que P\_\_\_\_\_ eut " remonté " à la société O\_\_\_\_\_ – dont elles ont acquis des parts – le produit de la vente des lots de l'immeuble madrilène. Elles évoquent par ailleurs un transfert de fonds vers l'île Maurice, qui ne repose sur aucun élément tangible. On ne voit toutefois pas en quoi les intimés, qui n'ont ni conseillé aux recourantes d'acquérir des actions de la société O\_\_\_\_\_ – dont ils ne sont pas administrateurs –, ni participé à la mise en place de la structure en vue de l'investissement immobilier, pourraient être soupçonnés de gestion déloyale, qui plus est alors que les recourantes ont non seulement récupéré leur apport initial mais obtenu à ce jour un rendement de l'ordre de 43 % de leur investissement. Le recours, sur ce point, frise la témérité.

#### **E. 8.5**

Faute de prévention pénale, aucun des actes d'instruction requis n'est de nature à contredire les conclusions qui précèdent, de sorte que leur refus ne viole ni le droit d'être entendu des recourantes ni leur droit à une enquête, ni le principe de l'oralité.

#### **E. 9**

Le recours sera ainsi rejeté.![endif]>![if>

#### **E. 10**

Les recourantes, qui succombent, supporteront, conjointement, les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 4'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).![endif]>![if>

#### **E. 11**

Les intimés, prévenus, qui obtiennent gain de cause, ont conclu au versement d'une juste indemnité, non chiffrée.![endif]>![if>

#### **E. 11.1**

En vertu de l'art. 436 al. 1 CPP, les prétentions en indemnité dans les procédures de recours sont régies par les art. 429 à 434 CPP. Selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, cette indemnisation visant les frais de la défense de choix (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung , Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011, n. 12 ad art. 429). La partie plaignante qui succombe devant l'autorité de recours n'a pas à supporter l'indemnité des frais de défense du prévenu lorsque la décision attaquée est une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière (ATF 139 IV 45 consid. 1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_357/2015 du 16 septembre 2015 consid. 2.2).

### **E. 11.2**

En l'espèce, les intimés, représentés par les mêmes conseils, ont répondu aux recours par une écriture commune de 14 pages (y compris les conclusions et signatures), pour l'activité de laquelle une indemnité de CHF 2'000.- (TVA à 7.7% incluse) leur sera allouée, à la charge de l'État. Aucune indemnité n'est en revanche due pour l'écriture spontanée du 14 septembre 2021, sans utilité pour l'issue du recours. \* \* \* \* \*

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