

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/12478/2015

ACPR/29/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 21 janvier 2016

Entre

A _____, domicilié _____, comparant par M^e Laurent STRAWSON, avocat, rue de
Beaumont 3, 1206 Genève,

recourant,

contre la décision rendue le 30 juin 2015 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 13 juillet 2015, A_____ recourt contre la décision du Ministère public rendue le 30 juin 2015, notifiée le 1^{er} juillet suivant, par laquelle cette autorité a refusé de l'admettre comme partie plaignante dans la cause P/12478/2015.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision.

- b.** Le recourant a payé les sûretés en CHF 1'500.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

Le 29 juin 2015, A_____ a déposé auprès du Ministère public une plainte pénale contre inconnu pour escroquerie et/ou gestion déloyale et/ou abus de confiance. Il expliquait que B_____ SA était une société de droit suisse fournissant des prestations de services; cette entité était administrée par C_____, ainsi que D_____, et était "*manager*" du fonds de placement E_____, incorporé aux îles Caïman. Les deux susnommés étaient également membres du Comité d'investissement du fonds; lui-même en était actionnaire. Le plaignant ajoutait avoir été informé par un courrier de B_____ SA du 4 mai 2015 que le fonds précité connaissait des problèmes de trésorerie, mais que les remboursements dus seraient effectués le 15 suivant. Le 8 juin 2015, il avait été prévenu qu'en raison d'un manque de liquidités, les remboursements étaient finalement suspendus. Choqué, il avait aussitôt sollicité un entretien avec C_____, qu'il avait rencontré le 12 juin 2015. Celui-ci lui avait indiqué que E_____ avait remis l'intégralité de ses avoirs à F_____, spécialisée dans l'achat et la revente de bateaux destinés à la démolition, soit USD 36 millions, que cette société ne parvenait pas à restituer. Aux dires du plaignant, C_____ avait reconnu que cette situation résultait d'une nouvelle stratégie financière qui différait de celle validée à l'époque par les actionnaires et qui n'avait pas été expliquée aux intéressés. Le susnommé avait également admis que les liens avec F_____ étant basés sur la confiance, aucune garantie bancaire n'avait été mise en place. Sous la plume de son conseil, le plaignant avait sommé B_____ SA de lui transmettre un récapitulatif de l'état financier du fonds. Pour toute réponse, il avait appris, par un certain G_____, que E_____ avait été mis en liquidation. À ses yeux, les montants investis avaient disparu, pour des motifs injustifiés et en violation des règles de gestion de tout fonds de placement.

- C.** Dans sa décision querellée, le Ministère public a indiqué que la plainte sus-énoncée serait considérée comme une dénonciation pour des faits instruits d'office. Au surplus, il retenait que A_____ n'était pas lésé directement par les infractions

dénoncées, n'étant qu'actionnaire du fonds visé; il ne pouvait dès lors revêtir la qualité de partie plaignante à la procédure.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ a repris, en substance, les termes de sa plainte du 29 juin 2015. Il expose au surplus que, conformément à la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC; RS 951.31) - applicable aux placements collectifs étrangers s'ils sont distribués en Suisse ainsi qu'aux personnes qui administrent des placements collectifs étrangers en Suisse ou à partir de la Suisse (art. 2 let. b et c, 119 LPCC) -, lorsque la direction du placement collectif est suisse, telle que l'est B_____ SA, le fonds géré l'est également (art. 28 al. 1 LPCC). En outre, les parts dudit fonds devaient être considérées comme distribuées en Suisse, le recourant affirmant y être domicilié. Il a, par ailleurs, nié être actionnaire de E_____, ainsi que l'avait retenu de manière erronée le Ministère public, précisant être "*détenteur de parts*". En effet, l'entité visée n'était pas une société, mais un fonds de placement collectif ouvert qui n'avait pas de personnalité juridique; il s'agissait d'une structure basée sur un contrat conclu entre les investisseurs, B_____ SA et la banque dépositaire. Selon A_____, E_____ ne pouvait donc pas être titulaire des parts qui le constituaient, chacune d'elles restant propriété de l'investisseur concerné. Il en résultait que le bien juridiquement protégé par les infractions dénoncées était, pour partie, son propre patrimoine; il était ainsi directement lésé par la disparition des avoirs qu'il avait investis.

b. Invité à se déterminer, le Ministère public a signalé, le 14 août 2015, que E_____ était une "*Segregated Portofolio Company*" enregistrée aux îles Caïman, qui, aux termes de sa brochure de présentation, pouvait agir en justice (pièce no 2 p. 9, rec.). De plus, ses investisseurs recevaient des actions (p. 2/3) et disposaient d'une créance contre le fonds s'ils décidaient d'en "*sortir*" (p. 11/12). D'ailleurs, dans sa plainte, le recourant s'était défini comme actionnaire de E_____ (p. 2 ch. 3). Le Procureur a, en conséquence, persisté dans sa décision, répétant que le recourant n'était pas détenteur du patrimoine du fonds visé, qui seul était lésé par la perte de ses actifs. Il en allait de même sous l'angle du placement collectif régit par la LPCC, un dommage direct de l'investisseur n'étant envisageable que si le patrimoine commun n'était pas lui-même lésé ou que l'investisseur avait exercé son droit de rachat (ACPR/161/2012 du 25 avril 2012 consid. 3.3). Or, tel n'était pas le cas, en l'espèce.

c. A_____ a répliqué le 1^{er} septembre 2015. Il a relevé que le chapitre "*Ability to Enforce Legal Rights*" (pièce no 2 p. 9, rec.) contenait une clause de prorogation de for - au demeurant sans pertinence en cas de litige pénal - qui ne précisait pas qui avait la qualité pour agir pour E_____, chaque droit national définissant quelles étaient les parties habilitées à ester. En droit suisse, les requisits étaient ceux des art. 115 et 118 CPP. En l'occurrence, il ne ressortait pas de la définition du "*Segregated Portofolio Company*"- soit un placement collectif ouvert structuré en différents fonds de portefeuilles - ni de la doctrine, que celle-là avait la personnalité

juridique; elle ne pouvait donc pas être titulaire du patrimoine qui la composait. Au sens du recourant, nier sa qualité de partie plaignante revenait à exclure toute partie plaignante à la procédure, la direction du fonds n'étant pas en mesure de se constituer, étant elle-même mise en cause pour gestion fautive.

Le chapitre de la brochure de présentation sus-évoqué par le recourant a la teneur suivante : "*As the effectiveness of a judicial system may vary in countries in which the Segregated Portofolio may invest, the Segregated Portofolio may have difficulty in successfully pursuing claims in courts in such countries as compared to the countries with more developed economies. Further, to the extent the Segregated Portofolio or any investee Segregated Portofolio may obtain a judgment but is required to seek its enforcement in the courts of one of the countries in which the Segregated Portofolio invests, there can be no assurance that such courts will enforce such judgements*".

En outre, E_____ est désignée comme "*The Company*" (pièce no 2 p. 1 ss, rec.).

EN DROIT :

1. Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP). En effet, le délai de 10 jours expirant le samedi 11 juillet 2015, son échéance était reportée au premier jour ouvrable suivant, soit le 13 du même mois (art. 90 al. 2 CPP); déposées au greffe de la Chambre de céans à cette date-ci, les écritures visées l'ont été dans le délai imparti. En outre, la décision qui refuse la qualité de partie plaignante et qui émane du Ministère public, en tant que direction de la procédure lors de la phase de la procédure préliminaire (art. 299 CPP), peut être immédiatement contestée, tant par la partie concernée que par le prévenu, auprès de l'instance cantonale (art. 393 al. 1 let. a CPP), puisque les effets d'une telle décision ne sont pas susceptibles d'être réparés ultérieurement (SJ 2013 II 136 et les références citées). En l'occurrence, le recours émane de A_____ qui s'est précisément vu refuser la qualité de partie plaignante à la présente procédure et a donc un intérêt à l'annulation de la décision entreprise.

2. **2.1.** À teneur de l'art. 118 al. 1 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. La notion de lésé est, quant à elle, définie à l'art. 115 al. 1 CPP: il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction.

Pour être personnellement lésé au sens de l'art. 115 CPP, l'intéressé doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction, ce qui est le cas du propriétaire ou de l'ayant droit dans le cas d'une infraction contre le patrimoine (ATF 138 IV 258 consid. 2.3; ATF 129 IV 95 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 1B_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1 et les références citées). Tant que les faits déterminants ne sont pas définitivement arrêtés sur ce point, il y a lieu de se fonder sur les allégués de

celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (arrêt du Tribunal fédéral 6B_361/2013 du 5 septembre 2013 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 8 ad art. 115). La partie plaignante doit toutefois rendre vraisemblable le préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et l'infraction dénoncée (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 du 30 janvier 2012 consid. 2.1 ; ACPR/198/2014 du 9 avril 2014).

2.2. En l'espèce, le recourant estime que les gestionnaires de E_____ se sont rendus coupables de gestion déloyale, abus de confiance ou escroquerie, dans la mesure où il semble que tout ou partie des fonds investis ont été avancés à F_____ et que cette société ne soit plus à même de les rembourser, le privant ainsi, de fait, du rendement escompté sur ses avoirs, voire de la restitution de son investissement.

Il ne fait aucun doute que le patrimoine est le bien juridique protégé par les trois dispositions invoquées.

2.3. Lorsqu'une infraction contre le patrimoine est perpétrée au détriment d'une personne morale, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion des actionnaires, des ayants droit économiques et des créanciers, lesquels ne sont considérés comme atteints qu'indirectement, du fait de leur lien avec le titulaire du bien juridique protégé par l'infraction (arrêts du Tribunal fédéral 1B_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.1 et 2.3.2 et 1B_294/2013 du 24 septembre 2013 consid. 2.1 ; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, Bâle 2013, n. 2 et 3 ad art. 115 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 28 et 56 ad art. 115). Il en va ainsi en particulier de la société anonyme qui possède la personnalité juridique (art. 643 al. 1 CO ; voir ATF 140 IV 155 consid. 3.3 p. 158 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1 et les références citées). La situation n'est pas différente en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, celle-ci possédant aussi la personnalité juridique (art. 779 al. 1 CO) et étant un sujet de droit indépendant de ses associés (arrêt du Tribunal fédéral 1B_9/2015 du 23 juin 2015 consid. 2.3.2).

Ce n'est que lorsque le comportement de l'organe cause un dommage direct à un actionnaire, alors que la société ne subit elle-même aucun préjudice, que l'actionnaire lésé peut agir à titre individuel, réclamer des dommages-intérêts au responsable et se constituer partie civile. Ce principe vaut également pour l'associé d'une société à responsabilité limitée (A. GARBARSKI, *La constitution de partie civile de l'actionnaire en procédure pénale : analyse critique de la jurisprudence de la Chambre d'accusation*, in SJ 2010 II 47 ss, p. 49, 51, 54, 60 et 62).

2.4. Sous l'angle de la LPCC, les placements collectifs sont des apports constitués par des investisseurs pour être administrés en commun pour le compte de ces derniers (art. 7 al. 1).

Selon l'art. 8 al. 1 LPCC, les placements collectifs ouverts revêtent soit la forme d'un fonds de placement contractuel (art. 25 ss), soit la forme d'une société d'investissement à capital variable (SICAV, art. 36 ss). Les placements collectifs ouverts donnent à l'investisseur un droit direct ou indirect au remboursement de ses parts à la valeur nette d'inventaire à la charge de la fortune collective (al. 2).

Les investisseurs sont des personnes physiques ou morales ainsi que des sociétés en nom collectif et en commandite qui détiennent des parts de placements collectifs (art. 10 al. 1 LPCC). Les parts sont des créances à l'encontre de la direction au titre de la participation à la fortune et au revenu du fonds de placement ou des participations à la société (art. 11, 25 al. 1 let. a et 78 al. 1 let. a LPCC). L'investisseur peut en principe demander en tout temps le rachat de ses parts et leur remboursement en espèces. Le cas échéant, il restitue les certificats, qui seront détruits (art. 25 al. 2 et 78 al. 2 LPCC)

2.5. Dans le contexte de cette loi, le dommage est direct, primaire ou individuel, lorsque l'investisseur est atteint directement dans son patrimoine, sans que celui du placement collectif de capitaux ne soit touché. Le dommage direct de l'investisseur peut, par exemple, résulter du prix d'émission trop élevé ou du prix de rachat trop bas de sa part (ATF 132 III 186, c. 5.1, c. 6.5 et 6.6). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère qu'un dommage direct n'est envisageable que si la société (respectivement, en matière de placement collectif, le patrimoine commun) n'est pas lésée ou si la société est lésée, mais que l'action repose sur un fondement juridique distinct, notamment une norme du droit des sociétés destinées à protéger exclusivement les actionnaires ou les créanciers (ATF 132 III 564, c. 3.2 ; 131 III 306, c. 3.1.2 ; 128 III 180, c. 2c ; 127 III 374, c. 3b ; 125 III 86, c. 3 ; 122 III 176, c. 7). Néanmoins, l'existence d'un droit de rachat à la valeur nette d'inventaire propre aux véhicules de placements collectifs ouverts (art. 78 LPCC) modifie la situation de l'investisseur par rapport à celle de l'actionnaire de la société anonyme. Alors qu'un actionnaire qui a vendu sa participation perd entièrement sa qualité pour agir en réparation du dommage indirect (ATF 132 III 186 consid. 6.3.1), l'investisseur qui a exercé son droit de rachat pourra agir en réparation sur la base de l'art. 145 LPCC (action en responsabilité). Dans ce cas, même un dommage subi par la fortune collective et, indirectement, par les investisseurs, devient un dommage direct, l'idée étant que la prétention en réparation aurait dû être couverte par le rachat à la valeur nette d'inventaire et être restituée directement à l'investisseur au moment de sa sortie. Il s'ensuit qu'un dommage "*collectif*" devient par l'exercice du droit de rachat un dommage direct et individuel de l'investisseur, qui peut être exercé après la perte de la qualité d'investisseur.

2.6. Reste à déterminer si le recourant est, ainsi qu'il le soutient, directement lésé par la prétendue disparition des avoirs placés dans E_____, dès lors, qu'à son sens, il serait resté titulaire de sa quote-part, le fonds visé étant dépourvu de personnalité juridique.

Certes, la brochure de présentation du fonds ne précise pas le statut de cette structure. Force est cependant de constater que ce document cite E_____ comme étant une société ("*Company*"; pièce no 2 p. 1 ss, rec.). De plus, et ainsi que l'a souligné le Ministère public, plusieurs clauses font explicitement mention d'"*actions de participation*" et le recourant, dans sa plainte du 29 juin 2015 s'est spontanément présenté comme étant actionnaire du fonds concerné. En outre, et en dépit de ce que l'intéressé tend à faire accroire, il est indiqué dans le chapitre "*Ability of Enforce*" que le "*Segregated Portofolio*", considéré comme une entité en soi, peut obtenir un jugement, ce qui implique qu'il peut ester en justice, seules les conditions d'application et de reconnaissance de la décision obtenue étant réservées, selon le pays dans lequel le justiciable s'en prévaut. En aucune manière, il n'est stipulé que l'investisseur lui-même peut agir directement. Il est, par ailleurs, également spécifié que ledit investisseur est créancier du fonds s'il requiert le rachat de ses parts, ce qui emporte qu'il ne reste pas propriétaire des avoirs qu'il investit. Il s'ensuit que c'est bien le fonds qui est directement lésé par l'éventuelle disparition de ses actifs, laquelle résulterait de l'impossibilité alléguée de son créancier de rembourser les deniers avancés.

Comme l'a aussi affirmé le Procureur, la même conclusion s'impose au regard de la LPCC - pour autant que cette loi soit réellement applicable au cas d'espèce -. En effet, les art. 11, 25 al. 1 let. a et 78 al. 1 let. a LPCC (cf. **ch. 2.4** supra) prescrivent clairement qu'une fois les parts acquises, leur détenteur ne dispose que d'une créance à l'encontre de la direction du placement collectif au titre de la participation à la fortune et au revenu du fonds. Certes, la jurisprudence (cf. **ch. 2.5.** supra) a admis que l'investisseur est susceptible de faire valoir un dommage direct s'il a exercé son droit au rachat et que cette prétention ne peut plus être honorée par le fonds, son patrimoine ayant subi un préjudice, dans l'intervalle. Or, *in casu*, il ne ressort ni de la teneur de sa plainte ni de celle de son recours ou de sa réplique que l'intéressé ait requis, au printemps 2015, le rachat de sa participation, mais bien plutôt qu'il s'est inquiété de ne pas recevoir le paiement du rendement de celle-ci, ainsi qu'il l'attendait, apprenant du coup que la situation financière de E_____ s'était dégradée.

Le recourant n'a d'ailleurs pas contredit le Ministère public lorsque, dans ses observations du 14 août 2015, cette autorité a retenu que le cas de figure décrit par la jurisprudence sus-énoncée n'était pas réalisé, à savoir qu'il n'avait pas exercé son droit de rachat.

2.7. C'est en conséquence, à juste titre, que le Ministère public a refusé au recourant de se constituer partie plaignante à la procédure, n'étant qu'indirectement lésé par la perte des avoirs investis dans le fonds, consécutivement aux actes qu'il impute à la direction de celui-ci.

- 3.** Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée, les réquisits de l'art. 115 CPP n'étant pas réunis.

Cela étant, contrairement à ce que paraît suggérer le recourant, l'absence de partie plaignante ne saurait influencer sur l'instruction pendante, les infractions dénoncées étant poursuivies d'office, ainsi que l'a d'emblée rappelé le Procureur.

- 4.** Le recourant, qui succombe dans ses conclusions, supportera les frais envers l'État (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03), y compris un émolument de décision, fixés en totalité à CHF 1'500.-.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A_____ contre la décision rendue par le Ministère public dans la procédure P/12478/2015.

Le rejette.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 1'500.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Corinne CHAPPUIS BUGNON et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

Le président :

Christian COQUOZ

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. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

ÉTAT DE FRAIS

P/12478/2015

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10 03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (let. b)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- état de frais (let. h)	CHF	75.00
--------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	1'405.00
---------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	1'500.00
--------------	------------	-----------------