

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18056/2012

ACPR/162/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 21 mars 2014

Entre

A. _____ CORP., domicilié _____, Panama,

B. _____, domicilié _____,

tous deux comparant par M^e Miguel OURAL, avocat, Lenz & Staehelin, route de Chêne 30,
1211 Genève 17,

recourants,

contre l'ordonnance sur la qualité de partie plaignante rendue le 23 décembre 2013 par le
Ministère public,

Et

C. _____, domicilié _____, Brésil, comparant par M^e Benjamin BORSODI, avocat, Etude
Schellenberg & Wittmer, rue des Alpes 15 bis, case postale 2088, 1211 Genève 1,

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

intimés.

Communiqué l'arrêt aux parties en date du vendredi 21 mars 2014.

EN FAIT :

- A.** **a.** Par acte unique déposé au greffe de la Chambre de céans le 3 janvier 2014, A._____ CORP. et B._____ recourent contre l'ordonnance rendue par le Ministère public, le 23 décembre 2013, notifiée le lendemain, dans la cause P/18056/2012, par laquelle cette autorité a refusé la qualité de partie plaignante à A._____ CORP., B._____ et D._____.

Les recourants concluent, préalablement, à l'octroi du droit de consulter le dossier "*dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts*" et à pouvoir compléter, cas échéant, leur recours, principalement, à l'annulation de l'ordonnance querellée en tant qu'elle refuse la qualité de partie plaignante à A._____ CORP. et B._____, au constat de la qualité de partie plaignante de A._____ CORP. et B._____, sous suite de frais et dépens.

b. La Direction de la procédure a invité les recourants à verser des sûretés à hauteur de CHF 1'500.-, qui ont été fournies dans le délai imparti.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Le 24 décembre 2012, B._____ et D._____ ont déposé plainte pénale contre C._____.

Le premier était bénéficiaire - aux côtés d'un tiers - de E._____, un *trust* discrétionnaire établi le 20 février 2009, dont F._____ était *trustee* et D._____ *protector*.

E._____ était l'actionnaire unique de G._____ SA, société panaméenne, elle-même ayant droit économique d'un compte auprès de H._____ SA, dont le titulaire était SCI I._____, société de droit français. Cette dernière était contrôlée et administrée par C._____, citoyen brésilien, qui était seul à disposer d'un pouvoir de signature sur le compte susmentionné. Il agissait toutefois à titre fiduciaire pour E._____ et ses bénéficiaires.

Le seul actif détenu par SCI I._____ était un immeuble sis en France et vendu en 2010. Une partie du produit de la vente, soit EUR 1'384'718.14, avait été versée sur le compte précité le 30 novembre 2012. Le *protector* de E._____ avait donné à C._____ des instructions de débit du compte qu'il devait exécuter, en sa qualité de fiduciaire, afin de ventiler ce montant auprès de différentes personnes, ceci avec l'accord des bénéficiaires du *trust*. Or, C._____ s'était accordé à lui-même un montant de EUR 366'625.55, au lieu des EUR 166'625.55 qui lui revenaient, tout en diminuant de EUR 200'000.- un des autres postes à créditer. En outre, il avait refusé

de verser un montant de EUR 113'600.- à J. _____ SA, société de droit suisse, qui employait D. _____. Enfin, un montant de EUR 721'311.52, soit le solde du compte après exécution de toutes les instructions, aurait dû être versé à K. _____, mais ne l'avait été qu'à hauteur de EUR 250'000.-.

Le séquestre pénal de divers comptes bancaires était demandé. Les signataires de la plainte se constituaient partie plaignante.

b. Le 24 décembre 2012, une instruction pénale a été ouverte par le Ministère public contre C. _____ pour gestion déloyale et abus de confiance.

c. Le même jour, le séquestre de deux comptes dans les livres de H. _____ SA a été prononcé, soit ceux dont SCI I. _____ et C. _____ étaient respectivement titulaires.

La production de la documentation bancaire a été demandée.

Il ressort notamment de celle-ci que SCI I. _____ est détenue, selon un extrait K-bis du 24 février 2009, par C. _____ et L. _____ (pièce *B 0142*). Selon les statuts modifiés du 28 février 2004 (pièce *B 0144*), le premier nommé détient 99'999 parts sociales et le second une seule, sur un capital de EUR 1'500'000.-. Selon ce même document, le but social de SCI I. _____ est le suivant :

"- L'acquisition de tous immeubles, de biens et droits immobiliers et de droits sociaux;

- la propriété, l'administration, la gestion et l'exploitation, la réfection et l'aménagement par tous moyens et notamment par voie de bail desdits biens et droits;

- et plus généralement, toutes opérations se rattachant directement ou indirectement, en totalité ou en partie à cet objet ou tous autres objets similaires ou connexes, à la conditions qu'elles ne puissent porter atteinte au caractère civil de l'activité sociale."

d. Le 10 janvier 2013, le Ministère public a limité le séquestre sur le compte de C. _____ susmentionné à un montant de EUR 200'000.-.

e. C. _____, s'adressant par courrier au Ministère public le 11 avril 2013, s'est interrogé sur l'identité de la partie plaignante dans cette affaire. En effet, il ne pouvait s'agir de SCI I. _____, car il en était le détenteur, même si elle semblait être la seule touchée par les infractions commises.

f. Par courrier du 15 avril 2013, le Ministère public a renoncé à trancher la question de la qualité de partie plaignante.

g. Le 16 avril 2013, l'avocat de B._____ et D._____ a informé le Ministère public que A._____ CORP., société panaméenne, était désormais le nouveau *trustee* de E._____ et déclarait vouloir participer à la procédure comme "*demanderesse au pénal et au civil*".

h. Le 17 avril 2013, une audience a eu lieu devant le Ministère public, lors de laquelle C._____ a été mis en prévention de gestion déloyale et d'abus de confiance pour avoir exécuté de manière déloyale des instructions de transferts bancaires, afin de s'approprier un montant de EUR 200'000.-. B._____ et D._____ ont été entendus à titre de personnes appelées à donner des renseignements.

B._____ a déclaré que C._____ était un parent par alliance de son épouse. Le prévenu était entré dans SCI I._____ comme directeur à titre fiduciaire, ce pour des raisons fiscales, devant veiller à la défense des intérêts de B._____ et de son épouse.

D._____ a expliqué que le prévenu était depuis 8 à 10 ans directeur fiduciaire de SCI I._____, son rôle étant d'être le gérant responsable formellement à l'égard des autorités françaises, car elle ne voulait pas elle-même, et alors qu'elle conduisait les opérations de la société, prendre cette responsabilité. Elle avait eu une procuration sur le compte bancaire de SCI I._____ auprès de H._____ SA jusqu'à peu avant le versement du produit de la vente de la villa, propriété de la société immobilière. Le prévenu avait insisté pour modifier le régime de signatures dudit compte à cette époque.

C._____ a exposé qu'il avait été nommé manager de SCI I._____ en 2004 et en était également actionnaire. Il avait consenti des prêts personnels en faveur de la société et s'était chargé de toute la gestion administrative. Il avait refusé de donner les pouvoirs de s'occuper de la vente à D._____, car il craignait qu'elle s'empare de l'argent en le laissant faire face aux engagements pris par SCI I._____. Il avait prélevé EUR 200'000.- pour les conserver à titre de garantie ou de provisions pour d'existantes et de futures revendications contre la société.

i. Le 23 avril 2013, B._____, D._____ et A._____ CORP. ont fait parvenir des pièces complémentaires au Ministère public.

j. C._____ a produit, lui aussi, les 5 juin et 10 juillet 2013, des pièces complémentaires censées démontrer son activité dans la gestion de SCI I._____.

Il a notamment réitéré son opinion selon laquelle B._____ et D._____ ne pouvaient pas prétendre à revêtir la qualité de lésé.

k. Le 4 novembre 2013, B._____ et D._____, en leurs qualités respectives de *protector* et bénéficiaire de E._____, ont demandé au Ministère public de libérer une partie des fonds séquestrés sur le compte de SCI I._____. Il s'agissait des versements mentionnés dans la plainte pénale et qui n'avaient pas été correctement exécutés.

l. Le Ministère public, le lendemain, a indiqué à C._____ qu'il lui semblait "opportun" que ce dernier donne les instructions nécessaires à l'exécution des ordres demandés.

m. Le 11 novembre 2013, C._____ a refusé de donner suite à cette demande et a contesté, une nouvelle fois, la qualité de partie plaignante de B._____ et D._____.

C. a. À teneur de l'ordonnance querellée, le Ministère public a notamment retenu, en fait, que C._____ était administrateur de SCI I._____. Aucun élément ne permettait d'établir que G._____ SA, société contrôlée par E._____, serait porteuse ou détentrice des actions de SCI I._____, même si elle prétendait les détenir à titre fiduciaire. Il n'existait pas non plus de contrat fiduciaire écrit établissant clairement que SCI I._____ devait agir pour le compte et selon les instructions de G._____ SA, respectivement A._____ CORP. ou D._____, en tant que *trustee* respectivement *protector* de E._____. Cela étant, il était établi que la teneur des instructions données par D._____ et l'exécution de ces dernières par SCI I._____ indiquaient que C._____ agissait, dans le cadre de son activité d'administrateur de SCI I._____, pour le compte de B._____ et selon les instructions données par D._____, les contours de la relation fiduciaire n'étant pas formalisés par un accord écrit.

A._____ CORP., en tant que *trustee* de E._____, intervenait en qualité d'actionnaire à titre fiduciaire de SCI I._____ et d'ayant droit économique du compte et n'était donc qu'indirectement touchée par l'infraction présumée. Cette société n'était donc ni lésée, ni ne pouvait se constituer partie plaignante.

B._____ intervenait en tant qu'ayant droit économique du compte. Il n'était donc qu'indirectement touché par l'infraction présumée et ne pouvait donc revêtir ni la qualité de lésé, ni de partie plaignante.

Enfin, il en allait de même pour D._____ en sa qualité de *protector* de E._____.

b. Le 24 décembre 2013, soit le lendemain du prononcé de l'ordonnance querellée, G._____ SA, ayant droit économique d'un des comptes séquestrés auprès de H._____ SA, s'est adressée au Ministère public, et a confirmé et fait sienne la plainte pénale initiale et a déclaré vouloir participer à la procédure pénale comme "*demanderesse au pénal et au civil*".

En référence à l'ordonnance susmentionnée, il était relevé que G._____ SA devait se voir reconnaître la qualité de partie plaignante, puisque la nier reviendrait à ne la reconnaître à personne, ce qui était "*choquant, sinon contraire au sentiment d'équité et de justice.*" Nier cette qualité conduirait en effet "*à retenir que dans le cas d'espèce le prévenu, M. C._____, aurait la qualité de partie plaignante et à [sic] lui seul.*"

- D. a.** Selon le recours, C._____ avait reçu des instructions de D._____, confirmées par B._____, tendant à débiter un compte dont SCI I._____ était titulaire. Or, G._____ SA détenait cette dernière pour E._____, dont A._____ CORP. était le *trustee* et B._____ le constituant et le bénéficiaire. C._____ était administrateur unique et seul actionnaire de SCI I._____, mais à titre fiduciaire pour le compte de B._____ et suivant les instructions de D._____.

Au vu de la structure de l'institution du trust, le *trustee* et le bénéficiaire se partageaient la propriété des biens du trust. Donc, E._____, A._____ CORP. et G._____ SA étaient juridiquement propriétaires des valeurs de la société SCI I._____.

S'agissant de la relation fiduciaire, les recourants soutenaient que C._____ avait toujours agi à titre fiduciaire, sur les instructions de B._____ et de D._____.

En outre, la décision était inopportune, car elle conduisait à ne reconnaître la qualité de partie plaignante et de lésé qu'au prévenu. "*La victime serait donc dans le cas d'espèce l'auteur de l'infraction.*"

b. Le Ministère public a déposé des observations à teneur desquelles il conclut au rejet du recours. L'absence de formalisation écrite de la relation fiduciaire était un fait, mais n'était pas forcément une cause de nullité de celle-ci. Il soutient en outre qu'il était erroné de prétendre que les biens du trust sont la propriété des bénéficiaires, ceux-ci n'ayant qu'un droit de "créance" à l'égard du *trustee*. B._____ n'était donc pas propriétaire juridique des avoirs de SCI I._____, mais tout au plus ayant droit économique, conformément au formulaire T.

S'agissant de A._____ CORP., elle était *trustee* de E._____, dont l'actif était composé de la société G._____ SA, elle-même présumée être l'unique actionnaire de SCI I._____.

Ainsi, conformément à la jurisprudence de la Chambre pénale de recours, ni B._____, ni A._____ CORP., n'étaient immédiatement lésés par l'infraction dénoncée.

Les recourants semblaient choqués par le raisonnement susmentionné, qui n'était que la conséquence du transfert de propriété qu'ils avaient eux-mêmes voulu, pour des raisons de confidentialité, de protection des avoirs et d'optimisation fiscale.

c.a. Le prévenu, intimé, a fourni ses observations. Il conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Selon son exposé en fait, il était actionnaire unique et seul administrateur de SCI I._____, mais il n'agissait pas selon les instructions exclusives de D._____ et contestait avoir *toujours* agi à titre fiduciaire pour les recourants.

Seule, SCI I._____ pouvait revêtir la qualité de partie plaignante. Pour le surplus, ces observations appuyaient l'ordonnance querellée.

c.b. Les recourants ont répliqué sous la forme d'un courrier d'une page, selon lequel ils ont persisté dans leurs conclusions et relevé, encore une fois, qu'il était inconcevable que le prévenu soit la seule partie plaignante envisageable.

Ils n'ont pas formulé de demande de consultation de dossier auprès de la Chambre de céans.

c.c. La cause a alors été gardée à juger.

EN DROIT :

1. **1.1.** Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 393 et 396 CPP). Il concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (20 al. 1 let. a et 393 al. 1 let. b CPP et art. 128 al. 1 let. a et al. 2 let. a LOJ) et émane des personnes qui se sont vu refuser la qualité de partie plaignante et qui ont donc qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision entreprise (art. 104 al. 1 let. b, 118 et 382 CPP).

1.2. Les recourants ont conclu, préalablement, à l'octroi d'un droit de consultation du dossier "*dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts*" et à la possibilité de compléter leurs écritures.

L'occasion a été donnée aux recourants de répliquer et ils n'ont effectué aucune démarche concrète afin de prendre connaissance du dossier auprès de la Chambre de céans.

Leurs conclusions préalables et conditionnelles sont donc devenues sans objet.

2. À teneur de l'art. 118 al. 1 CPP, seul peut se constituer partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil.

Selon l'art. 115 al. 1 CPP, il faut entendre par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. De surcroît, sont toujours considérés comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale au sens de l'art. 30 CP (art. 115 al. 2 CPP). Le Tribunal fédéral a précisé que seul doit être considéré comme lésé celui qui est personnellement et immédiatement touché, c'est-à-dire celui qui est titulaire du bien juridique ou du droit protégé par la loi, contre lequel, par définition, se dirige l'infraction (ATF 119 Ia 342 consid. 2 p. 345 ; 119 IV 339 consid. 1d/aa p. 343). Il convient d'interpréter le texte de l'infraction pour en déterminer le titulaire et ainsi savoir qui a qualité de lésé. Lorsque les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 8 ad art. 115). Seuls les biens juridiques protégés par l'infraction en cause peuvent, s'ils sont atteints ou menacés, fonder la qualité de lésé. Le fait que le bien juridique individuel soit protégé pénalement n'est pas non plus décisif, il faut que ce soit l'infraction qui fait l'objet de la procédure à laquelle le lésé entend participer qui tende à sa protection (A. KUHN / Y. JEANNERET, *op. cit.*, n. 9 ad art. 115). Le critère sus-évoqué de la titularité du bien juridique attaqué a pour corollaire que l'existence ou non d'un préjudice civil (par exemple sous la forme d'un dommage patrimonial) est dénuée de pertinence, sous l'angle de l'art. 115 al. 1 CPP, lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne revêt la qualité de lésé.

Pour être directement touché, l'intéressé doit, en outre, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 du 30 janvier 2012 consid. 2.1 et les références doctrinales citées), soit notamment le cessionnaire, la personne subrogée *ex contractu*, l'actionnaire ou l'ayant droit économique d'une personne morale, en cas d'infraction commise à son détriment (arrêt du Tribunal fédéral 1B_294/2013 du 24 septembre 2013 consid. 2.1). Selon une pratique constante et ancienne, la séparation des patrimoines de l'actionnaire et de la société anonyme conduit, sauf démonstration de l'existence d'un autre intérêt juridique, à considérer que l'actionnaire n'est pas lésé (soit touché directement) par les atteintes aux droits protégés pénalement dont est titulaire la société anonyme (arrêt du Tribunal fédéral 6B_680/2013 du 6 novembre 2013 consid. 3).

Le Tribunal fédéral avait cependant jugé que le gérant d'une filiale a non seulement l'obligation de veiller sur les intérêts pécuniaires de celle-ci, mais aussi de protéger les intérêts de la maison mère (soit l'actionnaire), lorsqu'un tel devoir découle de l'organisation et du but social de la filiale (ATF 109 IV 111 consid. 2 a) p. 113; A.

GARBARSKI, *Qualité de partie plaignante et criminalité économique : quelques questions d'actualités*, in RPS, 130/2012, p. 160 et suivantes, p. 181).

Si une partie plaignante invoque cumulativement plusieurs infractions, il suffit, pour admettre sa participation à la procédure, que l'une de ces dispositions, au moins, protège ses intérêts individuels et que les faits pouvant être mis en relation avec cette infraction-là présentent une vraisemblance suffisante en l'état considéré de l'instruction (ACPR/544/2013 du 12 décembre 2013).

- 3. 3.1.** Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers, des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées.

Sur le plan objectif, l'infraction à l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP suppose que l'on soit en présence d'une valeur confiée, ce qui signifie que l'auteur en ait la possession en vertu d'un accord ou d'un autre rapport juridique, pour en faire un certain usage dans l'intérêt d'autrui (ATF 120 IV 276 consid. 2 p. 278 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_314/2011 du 27 octobre 2011 consid. 2.1). L'auteur n'en a ainsi pas la libre disposition et doit l'utiliser de la manière convenue (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3^e édition, Berne 2010, n. 19 ad art. 138 CP). Pour que l'on puisse parler d'une somme confiée, il faut que l'auteur agisse comme auxiliaire du paiement ou de l'encaissement, en tant que représentant direct ou indirect ; cette condition n'est pas remplie lorsque l'auteur reçoit l'argent pour lui-même, en contrepartie d'une prestation qu'il a fournie pour son propre compte, même s'il doit ensuite verser une somme équivalente sur la base d'un rapport juridique distinct. L'inexécution de l'obligation de reverser une somme ne suffit pas à elle seule pour constituer un abus de confiance (ATF 118 IV 239 consid. 2b p. 241s ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.1.1). Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_587/2012 du 22 juillet 2013 consid. 3.1.1 et 6B_809/2011 du 20 juillet 2012 consid. 1.1). L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la valeur patrimoniale à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il a données (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 p. 259 ; ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_587/2012 du 22 juillet 2013 consid. 3.1.1 et 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.1.1).

3.2. L'art. 158 ch. 1 CP réprime le comportement de 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 (al. 1). Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine (al. 2). La peine sera

aggravée si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

Sur le plan objectif, l'infraction de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 CP suppose la réunion de quatre éléments, à savoir un devoir de gestion ou de sauvegarde, la violation de ce devoir, un dommage et l'intention.

4. En l'occurrence, à teneur de l'ordonnance querellée, le Ministère public semble avoir envisagé le comportement dénoncé en ce qu'il aurait été commis au préjudice de SCI I. _____ uniquement et consisterait donc en une violation des devoirs imposés au mis en cause à l'encontre de cette dernière.

De ce point de vue, l'ordonnance est justifiée, dès lors que les ayants droit économiques d'une société anonyme sont, de jurisprudence constante et bien établie, lésés de manière indirecte lorsqu'un préjudice est causé en premier lieu à la société. En outre, le but social de cette dernière ne contient aucun devoir chargeant son gérant de veiller aux intérêts de tiers, y compris envers une éventuelle société-mère, ce qui exclut la protection éventuelle et à titre exceptionnel d'un actionnaire.

Par conséquent, il est indiscutable que tout dommage causé à la société ne lèse que celle-ci en premier lieu et non d'éventuels ayants droit économiques, lesquels ne sauraient donc se constituer valablement partie plaignante. Ainsi, les recourants en leur qualité de potentiels ayants droit économiques de SCI I. _____ ne sont pas lésés directement par les infractions envisagées ici et qui pourraient avoir été commises à son encontre. Ils ne peuvent donc pas se constituer partie plaignante dans un tel cas.

5. Cependant, à regarder de plus près la mise en prévention dans la présente procédure, il est reproché au prévenu de s'être approprié indûment un certain montant en "*exécutant de manière déloyale des instructions de transferts bancaires*". Or, ces instructions n'émanaient manifestement pas de SCI I. _____.

Bien que l'existence d'un rapport de fiducie ait été évoquée à plusieurs reprises par tous les intervenants, le Ministère public n'a pas examiné la qualité de partie plaignante des recourants à l'aune d'une éventuelle infraction pénale commise lors de la violation des devoirs du prévenu en sa qualité de fiduciaire, voire d'organe d'une personne morale liée par un contrat de fiducie.

5.1. Selon la doctrine, l'administrateur fiduciaire est une personne qui exerce un mandat d'organe en son nom propre, mais selon les instructions et dans l'intérêt d'un tiers (M. LAZOPOULOS, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Zürich 2004, p. 10). Cette personne se trouve dans une situation où ses obligations d'administrateur - envers la société pour laquelle elle assume la fonction d'organe - peuvent entrer en conflit avec ses obligations de

fiduciaire - envers celui qui l'a "placé" au conseil d'administration. Les premières l'emportent sur les secondes, la responsabilité de l'administrateur n'étant ni exclue, ni atténuée par les circonstances qui relèvent de ses rapports avec son mandant (H. PETER, *L'avocat administrateur*, in *Défis de l'avocat au XXIe siècle : mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger*, Genève 2008, p. 424). En d'autres termes, dans tous les cas où l'administrateur doit tenir compte d'intérêts tiers, il est confronté à un dilemme que l'on qualifie en allemand de "*doppelten Pflichtennexus*". D'un côté, conformément à l'art. 717 al. 1 CO, le dirigeant doit tout faire pour favoriser l'intérêt social. D'un autre côté, il doit respecter les instructions du tiers. Pour surmonter cette difficulté, on admet généralement que l'administrateur fiduciaire peut, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, tenir compte de certains aspects des intérêts du fiduciaire. En revanche, dans la mesure où les intérêts de la société doivent en principe l'emporter, il ne peut y avoir une obligation à proprement parler de se conformer aux instructions du fiduciaire. Autrement dit, si le dirigeant, confronté à un conflit d'intérêts, n'a pas fait prévaloir l'intérêt social, il viole son devoir de fidélité (A. GARBARSKI, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Zürich 2006, p. 150 et suivante).

Ainsi, lorsque l'administrateur est lié par un contrat de fiducie envers un tiers, il devra répondre envers le fiduciaire d'une violation des règles du mandat, par exemple (M. LAZOPOULOS, *op. cit.*, p. 191 et suivantes).

Le Tribunal fédéral a, dans ce cadre, eu l'occasion d'examiner un cas où une société, contrôlée et administrée par un prévenu, détenait à titre fiduciaire pour un investisseur des actions d'une société tierce. La décision du prévenu d'acquiescer en son nom propre les actions détenues à titre fiduciaire par sa société remplissait les conditions d'un abus de confiance, dès lors que, agissant en tant qu'organe d'une personne morale, il s'était attribué personnellement et contrairement aux instructions reçues les actions détenues par sa société. Examinant la question d'une éventuelle confiscation, le Tribunal fédéral a considéré que la réparation octroyée par le prévenu à l'investisseur - qui avait entretemps renoncé à sa qualité de partie civile - valait réparation faite au lésé. Un éventuel dommage subi par la société du prévenu n'a pas été évoqué (arrêt 6B_528/2012 du 28 février 2013 consid. 4 et 5).

La jurisprudence cantonale genevoise a aussi rencontré un cas similaire où le prévenu détenait à titre fiduciaire les actions d'une société appartenant économiquement à un tiers. Ce même prévenu disposait aussi d'un droit de signature sur les comptes de la société dont il détenait les actions, mais s'était engagé contractuellement envers le tiers à n'utiliser les montants qui s'y trouvaient que conformément aux instructions reçues. Il s'était malgré cela versé indûment à lui-même un montant de plus de EUR 500'000.- et avait été condamné de ce chef pour abus de confiance. Le tiers fiduciaire avait été admis partie plaignante au procès (AARP/424/2013 du 12 septembre 2013).

5.2. En l'espèce, le dossier ne permet pas de déterminer clairement en quelle qualité le prévenu agissait au sein de SCI I._____, en particulier s'il existait des liens de dépendance de nature fiduciaire, de quelle nature et à l'égard de quels tiers.

Le prévenu n'a jamais soutenu avoir été économiquement propriétaire de la société et de la villa qu'elle détenait, mais a seulement invoqué en être seul actionnaire et administrateur. Il a estimé ne pas avoir *toujours* agi à titre fiduciaire, reconnaissant donc par-là, d'une certaine manière, qu'un contrat de fiducie existait pour le surplus.

S'agissant des recourants, ils ont soutenu à réitérées reprises que le prévenu agissait pour le compte de B._____ dans la gestion de SCI I._____, ce que le Ministère public a tenu pour établi. Ce dernier a relevé l'existence d'un contrat de fiducie, tout en reconnaissant être, en l'état, dans l'impossibilité d'en préciser clairement les contours, et a admis qu'il était possible que SCI I._____, elle aussi, agisse à titre fiduciaire pour d'autres intervenants.

Ainsi, il existe des aspects du dossier qui n'ont pas été suffisamment éclaircis, s'agissant des rapports fiduciaires du prévenu avec des tiers, ce qui ne permet pas de les exclure.

Entre-temps, G._____ SA a demandé à se constituer partie plaignante un jour après le prononcé de l'ordonnance querellée.

En se fondant sur la thèse des recourants, seule pertinente à ce stade pour juger de leur qualité de partie plaignante, on aboutit à un schéma selon lequel le prévenu agissait au sein de SCI I._____ à titre fiduciaire pour, semble-t-il, B._____. Nanti d'instructions de paiements à exécuter sur un compte appartenant à la société, le prévenu n'a pas exécuté ces instructions, en violation du contrat de fiducie, privant par-là le fiduciaire d'un gain qui lui revenait juridiquement.

On constate donc que le comportement reproché ne consiste pas, selon la thèse des recourants, en une violation des devoirs du prévenu envers SCI I._____, mais de ceux, coexistant parallèlement en vertu d'un contrat de fiducie, dont le contenu n'a pas pu être définitivement arrêté.

Que le comportement reproché soit appréhendé sous l'angle d'un abus de confiance ou de gestion déloyale importe peu, dès lors qu'il n'aurait dans un tel cas pas été commis au préjudice de la société, mais du fiduciaire - dont l'identité n'est pas clairement déterminée - qui aurait confié le contrôle d'une société immobilière, dont il était très vraisemblablement le propriétaire économique, à un tiers pour qu'il la gère selon ses instructions. Conformément à la casuistique fédérale et cantonale exposée ci-dessus, bien que la somme prélevée l'ait été sur un compte bancaire de la société, la lésion a pu être causée directement au fiduciaire, soit si le prévenu

intervenait comme organe d'une personne morale obligée contractuellement à gérer fiduciairement un patrimoine immobilier (art. 29 CP), soit si la société elle-même était sous le contrôle du prévenu qui devait gérer cette dernière conformément aux instructions d'un fiduciaire, deux hypothèses qui restent à démontrer.

Dans une telle constellation, la jurisprudence citée par le Ministère public et le prévenu ne trouve pas application, dès lors que c'est la gestion de la société immobilière contrairement aux instructions reçues qui est visée (devoirs du fiduciaire) et non la mauvaise gestion d'un organe envers sa société (devoirs de l'administrateur), le patrimoine touché, et donc le bien juridiquement protégé, n'étant pas celui de la société, mais de l'ayant droit économique directement. Par conséquent, le fiduciaire, ayant la qualité de lésé direct, serait habilité à se constituer partie plaignante.

À soutenir le contraire, on laisserait complètement démunie la personne morale qui confie la propriété juridique d'une société à un fiduciaire, afin qu'il la gère, face à des actions pénales commises dans la gestion de la société, dès lors que le fiduciaire, contrôlant par hypothèse la personne morale, ne prendra, naturellement, aucune mesure pour que celle-ci le poursuive lui-même.

Il incombe donc au Ministère public de clarifier les aspects fiduciaires de la cause en identifiant qui avait le contrôle juridique et économique de SCI I. _____ et en vertu de quel acte juridique, ce qui revient à éclaircir la raison et les fondements juridiques de la reprise du management de SCI I. _____ par le prévenu et à identifier qui assumait, cas échéant, le rôle de fiduciaire, donc, potentiellement, qui revêtait la qualité de lésé.

Étant donné qu'il est probable que le Ministère public aura à se prononcer sur la constitution de partie plaignante de G. _____ SA et que le dossier n'est pas en état d'être jugé, il se justifie donc de lui renvoyer la cause pour qu'il procède selon les considérants.

6. Partiellement fondé, le recours doit être admis.

Le refus de reconnaître la qualité de partie plaignante aux recourants contre une infraction qui aurait été commise au préjudice de SCI I. _____ est confirmé.

L'ordonnance querellée est, cependant, annulée en ce qu'elle refuse la qualité de partie plaignante aux recourants pour l'ensemble de la présente procédure pénale, le Ministère public devant statuer - après avoir conduit les investigations nécessaires, au sens du considérant précédent - sur cette qualité eu égard à une infraction qui aurait été commise contre un ou des fiduciaires.

7. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

Les recourants, qui se prétendent partie plaignante, ont conclu au versement d'une indemnité de CHF 2'500.-, correspondant à 5h00 d'activité à un taux horaire de CHF 500.-.

Dans la mesure où ils obtiennent partiellement gain de cause, ce montant sera réduit à CHF 1'500.-, TTC.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A. _____ CORP. et B. _____ contre l'ordonnance sur la qualité de partie plaignante rendue le 23 décembre 2013 par le Ministère public dans la procédure P/18056/2012.

L'admet partiellement.

Confirme l'ordonnance querellée en ce qu'elle refuse la qualité de partie plaignante à A. _____ CORP. et B. _____ pour une éventuelle infraction commise à l'encontre de SCI I. _____ dans le cadre de la présente procédure.

L'annule pour le surplus et retourne la cause au Ministère public pour nouvelle décision au sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Alloue à A. _____ CORP. et B. _____ une indemnité unique de CHF 1'500.-, TTC.

Ordonne au Service financier du Pouvoir judiciaire de restituer à A. _____ CORP. et B. _____ le montant de CHF 1'500.-, versé à titre de sûretés.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Monsieur Louis PEILA et Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

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.