



POUVOIR JUDICIAIRE

P/18728/2018

ACPR/32/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 11 janvier 2019

Entre

A_____ et B_____, domiciliés _____ (USA), comparant par M^e Jean MARGUERAT,
avocat, Froriep Legal SA, Rue Charles-Bonnet 4, Case postale 399, 1211 Genève 12,

recourants,

contre l'ordonnance rendue le 27 septembre 2018 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 expédié au greffe de la Chambre de céans le 8 octobre 2018, B_____ et A_____ recourent contre l'ordonnance du 27 septembre 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a, après disjonction de la demande d'extension de l'instruction de la P/1_____ et dit qu'elle serait traitée sous le numéro de procédure P/18728/2018, refusé d'entrer en matière sur leur demande d'extension de l'instruction du 1er juin 2018.

Les recourants concluent, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de cette ordonnance et au retour de la P/18728/2018 au Ministère public afin qu'il poursuive son instruction.

- b.** Les recourants ont versé les sûretés en CHF 1'500.- qui leur étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

aa. Sur indications de la Banque C_____ (actuellement D_____ SA, ci-après : D_____ ou la Banque), qu'il avait sollicitée en ce sens, A_____ a mandaté la E_____ SA (actuellement F_____ SA, ci-après : F_____) et donné instruction de constituer et gérer G_____ (ci-après : G_____) et de procéder à l'ouverture d'un compte bancaire au nom de cette dernière.

ab. G_____, dont le but était notamment d'exercer les activités d'une société d'investissement, a été constituée le 22 juillet 1996 aux îles Vierges Britanniques. F_____, nommée directeur de G_____ le 19 août 1996, a octroyé une procuration générale en faveur de A_____ le 23 août suivant. Le même jour, G_____ a ouvert un compte bancaire n° 2_____ auprès de D_____. Les ayants droit économiques de ce compte figurant sur le formulaire A ("*Verification of the Beneficial Owner's Identity*") étaient H_____, à hauteur de 80%, et A_____, à hauteur de 20%.

ac. Tous les documents concernant G_____ ont été signés à Genève le 23 août 1996 par A_____ seul. Les instructions de correspondance étaient ainsi libellées : "*I/We, the undersigned, hereby instruct BANQUE C_____ to hold all of my/our correspondance, i.e. to mark it "Hold Mail", until such time as I/we shall instruct it otherwise. Such correspondance shall be considered to have been transmitted to me/us, and I/we hereby relieve the Bank of any liability in that connection*".

ad. Le formulaire CLIENT PROFILE de la Banque établi le même jour précise que A_____ : "*will manage his assets together with those of a very close friend, H_____ of Cairo, who is involved in the tool and dye industry*".

ae. Les époux A/B _____ ont disposé chacun d'un pouvoir de signature individuel sur le compte ouvert auprès de la Banque dès le 6 janvier 1997.

af. Le 29 juillet 1997, H _____ a signé un mandat écrit confirmant le mandat confié par A _____ à F _____ et décrit ci-dessus, dans lequel il déclare être ayant droit économique des avoirs bancaires de G _____ à concurrence de 80%, et A _____ à concurrence de 20%.

b. Dès 2003, I _____, chargée de relation ("*relationship manager*") au sein de D _____, s'est occupée de la relation concernant G _____.

ca. Il ressort de deux extraits du compte bancaire n° 2 _____ de G _____ que le montant initial déposé était supérieur à USD 2.1 millions (USD 2'114'531.78 selon l'extrait du 30.06.2004 et USD 2'164'867.41 selon celui du 31.12.2008). D'après les époux A/B _____, cet argent proviendrait de diverses activités qu'ils dirigeaient aux États-Unis, notamment un laboratoire de référence clinique opérant en Californie, au Nevada, dans l'Utah et l'Arizona, et un bureau immobilier. Ils auraient vendu leurs actifs en 2015 et seraient à la retraite.

cb. Selon l'extrait du compte n° 2 _____ au 31 décembre 2008, le total des actifs représentait alors USD 1'307'319.55. Cet extrait de compte, ni aucun autre, ne mentionne le paiement des frais d'enregistrement de la société à Tortola. Toutefois, il ressort d'une annexe à un courrier entre avocats du 26 juin 2017 qu'une facture de USD 1'600.- a été adressée à G _____ – "*c/o D _____ S.A. Att : I _____*" – le 29 janvier 2007 pour "*ANNUAL FEES 2007 comprise the local Reeregistered Agent's annual fees, taxes and costs in the jurisdiction concerned*" (pce 19 A _____, recours du 08.10.18 sur qualité de partie plaignante).

cc. Rien n'est dit par les recourants, et aucun document n'aborde cette question, au sujet de la part de H _____ sur les avoirs en compte auprès de G _____, initialement de 80%.

d. Par courrier du 28 août 2013 ("*Hold Mail*"), D _____ a informé A _____ et H _____ de la cessation de la relation avec G _____ au 30 septembre 2013 (pce 26 recourants).

G _____ a été radiée le 30 avril 2015 du registre des sociétés des îles Vierges Britanniques et n'a plus été réinscrite depuis lors. Cela ressort d'un extrait du registre des sociétés enregistrées aux îles Vierges Britanniques du 22 juillet 2017, qui mentionne que G _____ est radiée depuis cette date après que les frais annuels d'enregistrement n'avaient plus été payés depuis sept an ("*Struck off Dissolved (7 year non-pmt)*") – pce 20 recourants).

e. Le 15 janvier 2016, D_____ a déposé plainte pénale pour gestion déloyale (art. 158 CP), abus de confiance (art. 138 ch. 2 CP) et faux dans les titres (art. 251 CP) commis par son employée I_____ au détriment de clients de la Banque.

f. Le même jour, I_____ a été mise en prévention de ces infractions. Il lui était reproché d'avoir, entre 2009 et 2015, à Genève, procédé à des retraits non autorisés sur le compte de divers clients, qu'elle s'est, pour partie à tout le moins, appropriés, respectivement à des investissements non autorisés, et pour avoir présenté des états de compte aux clients concernés qu'elle avait falsifiés et qui ne reflétaient pas la réelle valorisation du compte, afin de leur cacher l'existence des retraits frauduleux et/ou des pertes réalisées résultant d'investissements non autorisés.

g. Le 22 août 2016, lors d'une visite à la Banque, les époux A/B_____ ont appris que I_____ avait quitté l'établissement et que le compte de G_____ était vide depuis environ quatre ans. Les documents remis par la Banque montraient que des investissements non autorisés de la gestionnaire avaient réduit les actifs à environ USD 1.3 million à la fin de 2011 et au début de 2012, puis que deux transferts frauduleux, de USD 700'000.- le 30 janvier 2012 et 587'000.- le 23 février 2012, avaient réduit ces actifs à zéro. Il n'a pas été question à cette occasion de la dissolution de G_____.

h. I_____ n'avait pas parlé de cette situation aux époux A/B_____ la dernière fois qu'elle les avait rencontrés, en août 2014, selon eux.

i. Sous la signature de A_____, G_____ a déposé plainte pénale le 9 mars 2017 contre I_____, sans produire de document permettant de prouver l'existence de la société au jour du dépôt de cette plainte ("*certificate of good standing*" ou "*certificate of incumbency*").

j. Par courrier de leur conseil du 1^{er} juin 2018, B_____ et A_____ ont sollicité qu'une instruction pénale du chef de gestion déloyale soit ouverte à l'encontre de D_____. Ils se plaignaient de ce que la Banque leur contestait la qualité de partie plaignante tout en les empêchant de faire le nécessaire pour la réinscription de G_____, alors que c'était elle qui avait pris l'initiative de la constitution de cette société, qui avait assuré son enregistrement et qui, chaque année, avait débité le compte n° 2_____ de tous les coûts nécessaires à son maintien puis, sans ordre de leur part, avait décidé en septembre 2013 de mettre fin au contrat concernant G_____ auprès de F_____.

Pour ces raisons, ils demandaient au Procureur d'étendre son enquête à tout organe ou employé de la Banque qui aurait contribué aux actes susmentionnés, susceptibles de constituer l'infraction pénale de gestion déloyale (art. 158 CP) ou toute autre disposition pénale susceptible qu'il considérerait applicable.

- C. À l'appui de sa décision, le Procureur, après avoir rappelé les conditions d'application de l'art. 158 ch. 1 CP et de la responsabilité de l'entreprise, subsidiaire à celle de ses employés, considère qu'aucun élément n'indique qu'un mandat aurait été confié à D_____ en lien avec la constitution et la gestion de G_____, puisque c'est A_____ et H_____ qui ont chargé F_____ de ces tâches. Observant par ailleurs que la relation de G_____ a été assumée, dès 2003, par I_____, le Procureur en déduit qu'aucune infraction ne saurait être reprochée à D_____. À titre subsidiaire, le Procureur relève que le motif de la radiation de G_____ n'était pas clairement établi mais que, selon les allégations des époux A/B_____, elle serait consécutive à la cessation du paiement des frais d'enregistrement depuis 2008 et que, dans cette hypothèse, faute de dessein d'enrichissement, l'infraction de gestion déloyale serait prescrite (art. 97 al. 1 lit. c aCP). Pour ces motifs, il était décidé de ne pas entrer en matière (art. 310 al. 1 let. a CPP) et de laisser les frais de la procédure à la charge de l'Etat.
- D. a. À l'appui de leur recours, B_____ et A_____ considèrent que le Procureur a erré en déclarant que leur demande était dirigée contre D_____ alors qu'ils avaient sollicité que l'enquête diligentée dans la P/1_____ soit étendue à tout organe ou personne, en particulier au sein de la Banque, qui aurait contribué aux actes ayant entraîné la radiation de G_____ et qui serait par conséquent susceptible d'avoir enfreint l'art. 158 CP ou toute autre disposition que le Ministère public considérerait applicable. Agissant ainsi, le Procureur avait renoncé à établir qui était responsable de la décision de cesser le paiement des frais d'enregistrement de la société et les empêchait de s'en prendre à ces organes/personnes.
- b. À réception, la cause a été gardée à juger sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

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 plaignants 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).
2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. Les recourants reprochent au Ministère public de ne pas être entré en matière sur leur plainte contre la Banque, ses organes ou ses employés, dans un contexte de gestion déloyale qui a entraîné la radiation de G_____.

3.1. Selon l'art. 310 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a). Il peut faire de même en cas d'empêchement de procéder (let. b) ou en application de l'art. 8 CPP (let. c). Le ministère public doit être certain que les faits ne sont pas punissables (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 et les références citées).

Le principe "*in dubio pro duriore*" découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 19 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). Il 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 certain 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'infraction grave (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 ; ATF 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_417/2017 du 10 janvier 2018 consid. 2.1.2 ; 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). En cas de doute, il appartient donc au juge matériellement compétent de se prononcer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 20 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références).

3.2.1. 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).

Cette infraction suppose quatre conditions: il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un préjudice et qu'il ait agi intentionnellement (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 192).

3.2.2. Selon la jurisprudence, 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 129 IV 124 consid. 3.1 p. 126). Un tel devoir incombe notamment aux organes des sociétés commerciales, à savoir aux membres du conseil d'administration et à la direction, ainsi qu'aux organes de fait (arrêt 6B_728/2012 du 18 février 2013 consid. 2.1 et les références citées).

Pour qu'il y ait gestion déloyale, il ne suffit pas que l'auteur ait été gérant, ni qu'il ait violé une quelconque obligation de nature pécuniaire à l'endroit de la personne dont il gère tout ou partie du patrimoine; le terme de gestion déloyale et la définition légale de l'infraction exigent que l'obligation qu'il a violée soit liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3c p. 22; 120 IV 190 consid. 2b p. 193; 118 IV 244 consid. 2b p. 247).

3.2.3. L'infraction n'est consommée que s'il y a eu préjudice (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). Tel est le cas lorsqu'on se trouve en présence d'une véritable lésion du patrimoine, c'est-à-dire d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-diminution du passif ou d'une non-augmentation de l'actif, ou d'une mise en danger de celui-ci telle qu'elle a pour effet d'en diminuer la valeur du point de vue économique (ATF 129 IV 124 consid. 3.1 p. 125 s.). Un préjudice temporaire suffit (ATF 121 IV 104 consid. 2c p. 108).

3.2.4. Il faut enfin que l'auteur ait agi intentionnellement (ATF 120 IV 190 consid. 2b p. 193). La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober la qualité de gérant, la violation du devoir de gestion et le dommage. Le dol éventuel suffit; vu l'imprécision des éléments constitutifs objectifs de l'infraction, la jurisprudence se montre toutefois restrictive, soulignant que le dol éventuel doit être strictement caractérisé (ATF 123 IV 17 consid. 3e p. 23).

3.2.5. Comme pour tout délit matériel, il est nécessaire d'établir un rapport de causalité entre le comportement et le résultat, soit entre la violation du devoir de gestion et le dommage considéré (arrêt du Tribunal fédéral 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.3 ; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], *Code pénal – Petit commentaire*, 2e éd., Bâle 2017, n. 28 ad art. 158).

3.3. Depuis le 1^{er} octobre 2002, l'action pénale se prescrit par dix ans si elle est passible d'une peine privative de liberté de trois ans (art. 97 al. 1 let. c CP et art. 70 al. 1 let. b et c aCP). Les délais prévus par l'art. 97 CP sont des délais absolus, qu'il n'est pas possible d'interrompre (cf. R. ROTH / L. MOREILLON (éd.), *Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, Bâle 2009*, n. 47 ad art. 97 CP).

3.4. En l'espèce, la cessation du paiement des coûts d'enregistrement de la société est survenu plus de sept ans avant sa radiation, remontant quant à elle au 30 avril 2015. Il s'ensuit que les ordres relatifs au défaut de paiement sont nécessairement antérieurs

au 30 avril 2008 et remontent plus vraisemblablement à la fin de l'été 2007, puisqu'il est question des frais annuels d'enregistrement d'une société qui a été inscrite pour la première fois en août 1996. Il est par ailleurs certain que ce défaut de paiement n'a entraîné aucun profit pour la Banque, le débiteur de ces coûts étant le client, et ne peut donc être le fruit d'un quelconque dessein d'enrichissement, excluant ainsi l'application de l'art. 158 ch. 1 al. 3 et ch. 2. Il n'est pour le surplus pas allégué que ce défaut de paiement serait la cause d'un quelconque dommage, les appauvrissements du compte n° 2_____ de G_____ ne résultant pas de sa radiation du registre des îles Vierges Britanniques mais des malversations de la gestionnaire de la Banque, poursuivie dans une procédure parallèle. Finalement, les recourants doivent se voir opposer que la radiation de la société a été annoncée par un courrier adressé "*Hold mail*" ainsi qu'il en avait été convenu et qu'ils sont seuls responsables de ne pas en avoir pris connaissance.

En conséquence, la prescription pour une gestion déloyale simple est acquise, ce qui constitue un empêchement définitif de procéder au sens de l'art. 329 al. 1 let. c CPP. En irait-il autrement que l'absence de dommage eût conduit au constat du défaut d'un élément constitutif de l'infraction énoncée et donc d'un autre empêchement de procéder.

C'est donc à bon droit que le Ministère public a refusé d'entrer en matière et son ordonnance sera confirmée.

4. Les recourants, qui succombent, supporteront les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 1'500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne B_____ et A_____, conjointement et solidairement, aux frais de la procédure de recours, qui seront 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, aux recourants, soit pour eux leur conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ juge et Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie 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. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/18728/2018

ÉTAT DE FRAIS

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
--------------	------------	-----------------