



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

501 2018 119-124

## **Arrêt du 11 juin 2019**

### **Cour d'appel pénal**

Composition	Vice-Présidente :	Dina Beti
	Juge :	Catherine Overney
	Juge suppléant :	Pierre Corboz
	Greffière :	Silvia Aguirre

#### **Parties**

**MINISTÈRE PUBLIC, appelant**

contre

**A.**\_\_\_\_\_, **prévenu et intimé**, représenté par Me Olivier Carrel, avocat, défenseur choisi (procédure 501 2018 120)

**B.**\_\_\_\_\_, **prévenu et intimé**, représenté par Me Jean-Christophe a Marca, avocat à Fribourg, défenseur choisi (procédure 501 2018 119)

et

**C.**\_\_\_\_\_, **prévenue et intimée**, représentée par Me Hervé Bovet, avocat, défenseur choisi (procédure 501 2018 122)

ainsi que

**D.**\_\_\_\_\_, **prévenu acquitté et intimé**, représenté par Me Olivier Carrel, avocat, défenseur choisi (procédure 501 2018 121)

**E.**\_\_\_\_\_, **prévenu acquitté et intimé**, représenté par Me Alexandre Emery, avocat, défenseur choisi (procédure 501 2018 123)

et

**F.\_\_\_\_\_**, **prévenu acquitté et intimé**, représenté par Me Alexandre Emery, avocat, défenseur choisi (procédure 501 2018 124)

Objet

Gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP) – Infractions à la LPP (art. 76 al. 5 et 77 al. 2 et 3 LPP) – Prescription de l'action pénale (art. 97 aCP) – Quotité de la peine – Frais et indemnités

Appel du 11 juillet 2018 contre le jugement du Tribunal pénal économique du 20 mars 2018

## considérant en fait

A. Le Fonds de prévoyance en faveur du personnel du Home médicalisé de la Sarine a été créé le 21 septembre 1984 (cf. DO PS 60/36568-36578). En 1999, cette institution de prévoyance s'est ouverte aux autres services médico-sociaux du district de la Sarine, ainsi qu'à d'autres employeurs du canton de Fribourg (cf. DO PS 60/36562). Lors de la modification des statuts du 1<sup>er</sup> juillet 2008 avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, elle a pris le nom de Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 60/36562). L'institution était soumise à la surveillance du Service de surveillance des fondations et de la prévoyance professionnelle du canton de Fribourg jusqu'à la fin de l'année 2011, puis à celle de l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, conformément à la Convention conclue entre les cantons de Fribourg et de Berne (cf. Arrêté du 3 octobre 1983 concernant la mise en vigueur et l'introduction de la LPP; Ordonnance du 20 décembre 2011 relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle [RSF 841.4.12]; Convention du 1<sup>er</sup> décembre 2011 relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Fribourg [RSF 841.4.13]).

En sus des statuts, le Fonds de prévoyance ACSMS avait adopté – notamment – un règlement le 15 février 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cf. DO PS 53/34533-34574), et modifié le 10 décembre 2009 avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2010 (cf. DO PS 60/36585-36630), un règlement de placement entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cf. DO PS 53/34522-34531), et modifié le 21 avril 2010 avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2010 (cf. DO PS 60/36636-36650), ainsi qu'un règlement pour la gestion administrative du 2 novembre 2006, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cf. DO PS 60/36666-36667).

Les statuts du Fonds de prévoyance ACSMS, dans la version adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 2008, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (cf. DO PS 60/36562-36567), instituaient trois organes, à savoir le conseil de fondation, chargé de la gestion de la fondation (art. 5), l'organe de contrôle, chargé de vérifier chaque année la gestion, les comptes et les placements (art. 8), et l'expert en prévoyance professionnelle, chargé de déterminer périodiquement si la fondation offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (art. 9). Le conseil de fondation avait de son côté formé en son sein une commission de placement, organe non statutaire, composé de quatre membres (cf. DO PS 1-9/20179, 20139, 20099, 20055 et 20011).

De 2008 à 2014, D. \_\_\_\_\_, en qualité de président, A. \_\_\_\_\_, en qualité de vice-président, tous deux avec signature collective à deux, ainsi que F. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_, en qualité de membres sans signature, comptaient parmi les 12 membres du Conseil de fondation. Ils composaient également la Commission de placement, présidée par A. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20179, 20139, 20099, 20055 et 20011).

La fonction d'expert en prévoyance professionnelle avait été confiée à la société G. \_\_\_\_\_ SA, dont C. \_\_\_\_\_ est administratrice présidente avec signature individuelle, et H. \_\_\_\_\_, administrateur secrétaire avec signature collective à deux. Par courrier du 27 avril 2011, la société G. \_\_\_\_\_ SA a résilié avec effet immédiat son mandat d'expert agréé (cf. DO 6b/9481). En date du 17 mai 2011, le Conseil de fondation a pris la décision de confier la tâche d'expert agréé à I. \_\_\_\_\_ SA avec effet immédiat (cf. DO 6b/9485). Celle-ci a établi le rapport d'expertise technique pour l'exercice 2010 (cf. DO PS 60/36407-36447).

La société J. \_\_\_\_\_ SA fonctionnait comme organe de contrôle (cf. DO PS 19/22465, 22416 et DO PS 56/35150 et 35143-35144). De 2008 à 2012, à l'exception de l'année 2010, les rapports de révision ont été signés par K. \_\_\_\_\_, expert-réviseur agréé, et B. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20172, 20132, 20047 et 20003). Le rapport de révision pour 2010 a été signé par L. \_\_\_\_\_, expert-réviseur agréé, et B. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20091). Les travaux de révision des comptes pour l'exercice 2010 ont été achevés le 30 juin 2011 et le rapport établi le 23 août 2011 (cf. DO PS 1-9/20090 et 20091); pour l'exercice 2011, les travaux de révision ont été achevés le 28 juin 2012 et le rapport déposé le même jour (cf. DO PS 1-9/20046-20047); enfin, pour l'exercice 2012, le rapport a été déposé le 21 juin 2013 (cf. DO PS 1-9/20003). De l'exercice 2013 à celui de 2015, la révision a été effectuée par M. \_\_\_\_\_ AG (cf. DO 3/8049-8157).

Lors de sa séance du 24 juin 2003, le Conseil de fondation, sur proposition de la Commission de placement, a pris la décision de confier l'analyse des placements à un conseiller externe et de solliciter trois offres pour ce mandat (cf. DO PS 19/22527). Après analyse des offres reçues, le Conseil de fondation a décidé, le 29 juillet 2003, de confier un mandat d'expert financier à N. \_\_\_\_\_ – O. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 19/22523-22524), moyennant une rémunération de 0.1 % par année (cf. DO PS 19/22479). O. \_\_\_\_\_ était le beau-fils de l'administrateur d'alors du Fonds de prévoyance ACSMS, ce dont le conseil de fondation avait été informé (cf. DO PS 19/22527), et l'administrateur unique avec signature individuelle de N. \_\_\_\_\_ SA, société inscrite au Registre du commerce le 12 août 2004. Le 17 décembre 2004, le mandat de conseil a été étendu à la surveillance des placements et la rémunération portée à 0.25 % par année (cf. DO PS 19/22479), et le 1<sup>er</sup> mai 2007, un contrat dans ce sens a été signé avec N. \_\_\_\_\_ SA, avec une entrée en vigueur rétroactive au 1<sup>er</sup> septembre 2005 (cf. DO PS 10/20540). Enfin, les 8 et 12 mai 2009, le Fonds de prévoyance ACSMS et N. \_\_\_\_\_ SA ont signé un contrat de placement discrétionnaire (cf. DO PS 10/20448-20453). Aux termes de ce contrat, le Fonds de prévoyance ACSMS mandatait N. \_\_\_\_\_ SA pour gérer "*en toute indépendance et sans autres instructions, à l'exception des instructions particulières et permanentes convenues, sur une base discrétionnaire*" un portefeuille d'une valeur initiale de CHF 40'372'013.-, en contrepartie d'une rémunération correspondant à 50 % de la performance à partir de 10 % de performance nette.

P. \_\_\_\_\_ Ltd est une société créée le 7 septembre 2005 selon le droit des Îles Vierges Britanniques (cf. DO 13/14828-14860), et transformée en fonds de placement professionnel le 20 mai 2010 (cf. DO 13/14784-14827), dont les actions sans droit de vote ont été réparties en différentes catégories (cf. DO PS 45/32520-32521), à savoir Q. \_\_\_\_\_ (actions de classe "B", Q. \_\_\_\_\_; cf. DO 13/17822), R. \_\_\_\_\_ (actions de classe "C", R. \_\_\_\_\_; cf. DO 13/14824), S. \_\_\_\_\_ (actions de classe "D", S. \_\_\_\_\_; cf. DO 13/14825), T. \_\_\_\_\_ (actions de classe "E", T. \_\_\_\_\_; cf. DO PS 50/32943), et U. \_\_\_\_\_ (actions de classe "F", U. \_\_\_\_\_; cf. DO 13/14827). Il s'agit d'un fonds de placement professionnel selon la législation des Îles Vierges Britanniques, destiné à des investisseurs institutionnels et spécialement qualifiés (cf. DO 7/12328). O. \_\_\_\_\_ a été enregistré comme administrateur dès le 27 septembre 2005 (cf. DO 13/14862) et comme seul détenteur des actions avec droit de vote dès le 1<sup>er</sup> avril 2008 (cf. DO 13/14863).

En date du 11 avril 2008, le Fonds de prévoyance ACSMS a acquis 50'000 parts du fonds T. \_\_\_\_\_ (actions de classe "E", T. \_\_\_\_\_) pour une contre-valeur de CHF 5'020'000.- par l'intermédiaire de V. \_\_\_\_\_ (cf. DO 16/16221 et DO PS 50/32943). Une opération analogue par l'intermédiaire de W. \_\_\_\_\_, effectuée le 7 mars 2008 par le versement d'un montant de CHF 5'000'000.- directement à T. \_\_\_\_\_ (cf. DO 15/15360, 15508), a abouti, en 2009, à l'acquisition de 50'000 parts supplémentaires de ce fonds (cf. DO 15/15477-15478, 15483,

PS 15/21644-21646, 21708 et 21712, PS 50/32963). D'autres opérations ont eu lieu en janvier et en mai 2009, pour un montant total de EUR 7'349'935.- (cf. DO 16/16198-16199, 16041). Dès le mois de juin 2009 et jusqu'en octobre 2012, les avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS ont été successivement investis dans des émissions de parts des fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd, pour un investissement total de CHF 56'387'182.- environ (avec un taux de conversion EUR-CHF moyen de 1.50), et une valeur (théorique) de CHF 23'344'159.- auprès de W. \_\_\_\_\_ en juillet 2014 (cf. DO 15/15505) et de CHF 44'513'615.- auprès de V. \_\_\_\_\_ en mai 2014 (cf. DO 16/16123).

Le Fonds de prévoyance ACSMS a été en découvert depuis 2002. Le taux de couverture était néanmoins proche de 100 % jusqu'en 2007, et a ensuite diminué fortement en raison du rendement très défavorable réalisé en 2008, pour à nouveau remonter à un peu plus de 90 % dès 2011 (cf. DO PS 1-9/20260, DO PS 60/36399).

B. Le 3 avril 2014, V. \_\_\_\_\_ a procédé à une communication selon l'art. 9 LBA (Loi du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, loi sur le blanchiment d'argent; RS 955.0) relative à P. \_\_\_\_\_ Ltd, au motif que tout laissait à penser que O. \_\_\_\_\_ aurait détourné les fonds des investisseurs (cf. DO 3/81014-81024). Le 15 avril 2014, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent a transmis cette communication au Ministère public (cf. DO 3/81009-81013). Le 7 mai 2014, considérant qu'il ressortait de l'information précitée que O. \_\_\_\_\_ aurait déterminé le Fonds de prévoyance ACSMS ainsi que d'autres personnes physiques et morales à lui confier d'importantes sommes d'argent qu'il aurait ensuite (partiellement) investies dans des fonds de placement dénués d'actifs sous-jacents, et lésé au moyen de cette escroquerie pyramidale selon le système de Ponzi les intérêts pécuniaires des assurés, la gestion des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS soulevant par ailleurs des interrogations importantes puisque les règles légales auraient été violées, le Ministère public a ordonné le séquestre de tous les documents en lien avec le contrat de placement discrétionnaire passé avec O. \_\_\_\_\_ ou N. \_\_\_\_\_ SA (cf. DO 1/2094-2096).

En date du 12 mai 2014, le Fonds de prévoyance ACSMS a déposé une dénonciation pénale contre inconnu pour appropriation illégitime, abus de confiance, vol, gestion déloyale et escroquerie auprès du Ministère public de la Confédération (cf. DO 7/12100-12126), dans laquelle il critiquait les actes de gestion de O. \_\_\_\_\_ et de N. \_\_\_\_\_ SA et le défaut de restitution des fonds par ceux-ci après la fin de la relation contractuelle.

C. Par décision du 15 août 2014, l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations a constaté que le Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS avait fait preuve de négligence en ce qui concerne la gestion des placements et ne s'était pas acquitté globalement de ses responsabilités. L'autorité de surveillance a en conséquence révoqué avec effet immédiat le conseil de fondation et nommé un commissaire chargé de l'administration de l'institution de prévoyance (cf. DO 6a/9131-9133).

Par décision du 20 février 2015, l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations a pris note qu'en raison de la dépréciation de valeur des placements, le Fonds de prévoyance ACSMS présentait un degré de couverture absolument insuffisant de 9.83 %, qu'il était insolvable et ne pouvait plus fournir les prestations légales et réglementaires dues, et qu'un assainissement n'était plus possible compte tenu du degré de couverture. En considération de ces éléments, l'autorité de surveillance a mis l'institution de prévoyance en liquidation dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (cf. DO 6a/9266-9268).

D. Le Ministère public a établi ses actes d'accusation en date du 28 août 2017 (cf. DO 6c/10048-10060, 10063-10071 et 10074-10083) et transmis le dossier au Tribunal pénal économique. Il concluait à la condamnation de A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ pour les infractions de gestion déloyale et de délit au sens de l'art. 76 al. 4 LPP, de B.\_\_\_\_\_ pour l'infraction de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP, et de C.\_\_\_\_\_ pour l'infraction de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP et pour celle au sens de l'art. 77 al. 1 et 2 LPP.

En date du 4 décembre 2017, le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation a retiré les prétentions civiles qu'il avait fait valoir à l'encontre de A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, ce dont le Tribunal pénal économique a pris acte par décision du 5 février 2018 (cf. DO TPE/15'940 ss).

Par jugement du 20 mars 2018, le Tribunal pénal économique a décidé ce qui suit:

- S'agissant de A.\_\_\_\_\_, il a classé, en raison de la prescription de l'action pénale, l'accusation de gestion déloyale et de délit au sens de l'art. 76 LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011 (ch. Ia.1), et l'a acquitté des mêmes délits pour la période postérieure à cette date (ch. Ia.2). Il a par ailleurs octroyé à A.\_\_\_\_\_ une indemnité de CHF 66'789.95 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, ainsi qu'une réparation du tort moral subi de CHF 10'000.-, et rejeté pour le surplus les requêtes d'indemnisation du prévenu (ch. VII.1).
- En ce qui concerne B.\_\_\_\_\_, il a classé, en raison de la prescription de l'action pénale, l'accusation de délit au sens de l'art. 76 b LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011 (ch. III.1), et l'a acquitté du même délit pour la période postérieure à cette date (ch. III.2). En ce qui concerne les conclusions civiles, il a renvoyé le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation à agir par la voie civile à l'encontre de B.\_\_\_\_\_, rejeté la demande de juste indemnité au sens de l'art. 433 CPP, et condamné le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation au paiement de CHF 14'351.80 à B.\_\_\_\_\_ au titre de juste indemnité au sens de l'art. 432 CPP (ch. V.2). Il a par ailleurs fixé à CHF 154'733.15 l'indemnité due à B.\_\_\_\_\_ pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, avant de la réduire à concurrence de l'indemnité mise à la charge du Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation, et déclaré irrecevables pour le surplus les requêtes d'indemnisation du prévenu (ch. VII.6).
- Pour ce qui est de C.\_\_\_\_\_, il a classé, en raison de la prescription de l'action pénale, l'accusation de délit au sens de l'art. 76 et d'infraction au sens de l'art. 77 LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011 (ch. II.1), et l'a acquitté des mêmes infractions pour la période postérieure à cette date (ch. II.2). En ce qui concerne les conclusions civiles, il a renvoyé le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation à agir par la voie civile à l'encontre de C.\_\_\_\_\_, rejeté la demande de juste indemnité au sens de l'art. 433 CPP, et condamné le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation au paiement de CHF 10'672.20 à C.\_\_\_\_\_ au titre de juste indemnité au sens de l'art. 432 CPP (ch. V.1). Il a par ailleurs fixé à CHF 148'242.90 l'indemnité due à C.\_\_\_\_\_ pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, avant de la réduire à concurrence de l'indemnité mise à la charge du Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation, rejeté la demande d'indemnité en tant qu'elle concernait l'avis de droit produit, octroyé à C.\_\_\_\_\_ une indemnité pour le dommage économique subi de CHF 24'150.-,

ainsi qu'une réparation du tort moral subi de CHF 10'000.-, et rejeté pour le surplus les requêtes d'indemnisation de la prévenue (ch. VII.5).

- S'agissant de D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, il a classé, en raison de la prescription de l'action pénale, l'accusation de gestion déloyale et de délit au sens de l'art. 76 LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011 (ch. Ib.1), et les a acquittés des mêmes délits pour la période postérieure à cette date (ch. Ib.2). Il a par ailleurs octroyé à D.\_\_\_\_\_ une indemnité de CHF 66'789.95 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, une indemnité pour le dommage économique subi de CHF 160'092.40, ainsi qu'une réparation du tort moral subi de CHF 25'000.-, et rejeté pour le surplus les requêtes d'indemnisation des prévenus (ch. VII.2). Il a en outre octroyé à E.\_\_\_\_\_ une indemnité de CHF 71'535.70 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, une indemnité pour le dommage économique subi de CHF 325'000.-, ainsi qu'une réparation du tort moral subi de CHF 25'000.-, et rejeté pour le surplus les requêtes d'indemnisation du prévenu (ch. VII.3). Enfin, il a octroyé à F.\_\_\_\_\_ une indemnité de CHF 69'518.25 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure, ainsi qu'une réparation du tort moral subi de CHF 10'000.-, et rejeté ou déclaré irrecevables pour le surplus les requêtes d'indemnisation du prévenu (ch. VII.4).

Enfin, le Tribunal pénal économique a ordonné la confiscation des documents séquestrés (ch. IV) et mis les frais de procédure, par CHF 80'765.-, à la charge de l'Etat de Fribourg (ch. VI).

Le dispositif du jugement a été communiqué aux parties par courrier du 26 mars 2018. Le 28 mars 2018, le Ministère public (501 2018 119-124) et B.\_\_\_\_\_ (501 2018 116) ont déposé une annonce d'appel. Par courrier du 29 mars 2018, A.\_\_\_\_\_ (501 2018 117) et D.\_\_\_\_\_ (501 2018 118) ont également déposé une annonce d'appel. Enfin, le 29 mars 2018, le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation en a fait de même en tant que le jugement concerne B.\_\_\_\_\_ (501 2018 125) et C.\_\_\_\_\_ (501 2018 126).

Le jugement entièrement rédigé a été notifié aux parties le 6 juillet 2018.

E. Seul le Ministère public a déposé une déclaration d'appel. Par acte du 11 juillet 2018, il a requis la condamnation de A.\_\_\_\_\_ pour gestion déloyale, de B.\_\_\_\_\_ pour délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP, et de C.\_\_\_\_\_ pour délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP et infraction au sens de l'art. 77 al. 1 et 2 LPP. Il a en outre requis que les frais de procédure de première instance et d'appel soient mis à la charge des six prévenus et conclu au rejet de toutes les demandes d'indemnités déposées par A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_. Par acte complémentaire du 16 juillet 2018, le Ministère public a en outre déposé ses conclusions relatives aux peines devant être infligées à A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_.

Aucune des parties intimées n'a conclu à la non entrée en matière ni n'a déposé d'appel joint.

Le Ministère public s'étant opposé à la mise en œuvre d'une procédure écrite en ce qui concerne A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, la direction de la procédure a informé les parties que la procédure sera traitée en procédure orale concernant l'ensemble des prévenus.

Le 15 juin 2019, des extraits actualisés du casier judiciaire concernant les prévenus A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ont été versés au dossier.

Le mandataire de A. \_\_\_\_\_ ayant demandé à avoir accès au dossier de la procédure instruite à l'encontre de O. \_\_\_\_\_, le Ministère public lui a transmis, avec copie à la Cour de céans, une copie du procès-verbal de l'audition finale de ce prévenu en procédure ordinaire. Copie de ce document a été remise à toutes les parties le 4 juin 2019. Le même jour, le mandataire de B. \_\_\_\_\_ a déposé des notes de plaidoirie.

F. La Cour d'appel pénal a siégé les 5 et 6 juin 2019. Ont comparu les intimés, assistés de leurs mandataires, ainsi que la représentante du Ministère public. Le Ministère public a confirmé ses conclusions. Les intimés ont conclu au rejet de l'appel du Ministère public et à la confirmation du jugement attaqué, sous suite de frais et indemnités. Concernant B. \_\_\_\_\_, le Ministère public a par ailleurs demandé à la Cour de céans d'analyser l'état de fait renvoyé également sous l'angle de la complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP dans sa version valable jusqu'à fin 2011. La Procureure générale adjointe et le mandataire de B. \_\_\_\_\_ ont plaidé l'incident. Après en avoir délibéré, la Cour de céans a informé les parties que la requête du Ministère public était admise.

A la demande du Ministère public, la Cour d'appel pénal a entendu X. \_\_\_\_\_ en qualité de témoin. Elle a ensuite interrogé les prévenus et les prévenus acquittés sur les faits et leurs situations personnelles actuelles. Après la clôture de la procédure probatoire, les représentants des parties ont plaidé, répliqué et dupliqué. Enfin, la parole a été donnée aux intimés pour leur dernier mot, prérogative dont ils n'ont pas fait usage.

## en droit

### I. Questions préliminaires et procédure

1.

1.1. Le Ministère public a qualité pour interjeter appel (art. 381 al. 1 CPP). En l'espèce, l'appel et le complément à la déclaration d'appel sont intervenus dans les formes prévues et les délais impartis et répondent aux exigences légales (art. 384 let. a, 399 al. 1 et 3 CPP). L'appel est par conséquent recevable.

1.2. La Cour d'appel pénal n'examine que les points attaqués du jugement de première instance (art. 404 al. 1 CPP). Elle jouit d'un plein pouvoir d'examen (art. 398 al. 2 CPP) et revoit la cause librement en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP), sans être liée par les motifs invoqués par les parties, ni par leurs conclusions, sauf lorsqu'elle statue sur l'action civile (art. 391 al. 1 CPP). Lorsque seul le Ministère public fait appel, la Cour de céans n'est par ailleurs pas limitée par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (art. 391 al. 2 *a contrario* CPP).

En l'espèce, le Ministère public s'en prend au classement partiel et à l'acquittement de A. \_\_\_\_\_ de l'infraction de gestion déloyale (ch. Ia.1 et Ia.2 du dispositif du jugement attaqué), au classement partiel et à l'acquittement de C. \_\_\_\_\_ de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP et d'infraction au sens de l'art. 77 al. 1 et 2 LPP (ch. II.1 et II.2), et au classement partiel et à l'acquittement de B. \_\_\_\_\_ de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP (ch. III.1 et III.2). Il remet en outre en cause le règlement des frais de procédure (ch. VI) et celui des indemnités pour l'ensemble des prévenus (ch. VII). Dans ces conditions, le classement partiel et l'acquittement de A. \_\_\_\_\_ de délit au sens de l'art. 76 al. 4 LPP (ch. Ia.1 et Ia.2), les classements partiels et les



acquittements prononcés par les premiers juges à l'égard de D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ (ch. Ib.1 et Ib.2), ainsi que le sort des documents séquestrés (ch. IV) et des conclusions civiles (ch. V) sont entrés en force.

1.3. Le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation avait déposé une annonce d'appel contre le jugement du Tribunal pénal économique du 20 mars 2018 en tant qu'il concernait B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_. Il n'a en revanche déposé aucune déclaration d'appel dans le délai de 20 jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP), de sorte que les causes 501 2018 125 et 501 2018 126 ont été rayées du rôle. Le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation, partie plaignante, demandeur au civil, restait néanmoins partie à la procédure d'appel en ce qui concerne le sort des conclusions civiles relatives à C.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ exclusivement (ch. V.1 et V.2 du dispositif du jugement attaqué). Or, l'appel du Ministère public portant sur la question de la culpabilité et de la quotité de la peine s'agissant des prévenus A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, ainsi que sur la question des frais et indemnités procédurales s'agissant de l'ensemble des prévenus, et le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation ayant renoncé à déposer un appel joint, le jugement attaqué est entré en force s'agissant des conclusions civiles, de sorte que le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation n'est plus partie à la procédure d'appel, ce dont son mandataire a été informé par courrier de la direction de la procédure du 9 octobre 2018.

1.4. La procédure est en principe orale (art. 405 CPP), sauf exceptions non réalisées en l'espèce (art. 406 al. 1 et 2 CPP). Cela signifie que, comme en première instance, la Cour d'appel procède en règle générale à l'audition des prévenus. Elle se fonde en principe sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP). A l'instar du tribunal de première instance, elle conserve cependant la possibilité de faire administrer une nouvelle fois toutes les preuves qui lui sont essentielles pour juger de la culpabilité et de la peine ou qui sont importantes pour forger la conviction intime des membres du tribunal (art. 389 al. 2 CPP). La Cour d'appel peut également administrer, d'office ou sur requête, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP).

En l'espèce, à la demande des parties, le dossier a été complété par la copie du procès-verbal de l'audition finale de O.\_\_\_\_\_ en procédure ordinaire et l'audition de X.\_\_\_\_\_ en qualité de témoin. Pour le surplus, il n'y a pas matière à aller au-delà de l'audition des intimés sur les faits et leurs situations personnelles actuelles, audition à laquelle la Cour de céans a procédé lors de la séance du 5 juin 2019.

1.5. L'art. 30 CPP prévoit, si des raisons objectives le justifient, la possibilité pour le Ministère public et les tribunaux d'ordonner la jonction ou la disjonction de procédures pénales. En l'occurrence, il y a lieu de joindre les causes et de statuer par un seul arrêt dès lors qu'un seul jugement a été rendu par le Tribunal pénal économique.

1.6. Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur. Cependant, en vertu de l'art. 2 al. 2 CP, une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne. Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur. La règle de la *lex mitior* constitue une exception au principe de non-rétroactivité. Elle se justifie par le fait qu'en raison d'une conception juridique modifiée le comportement considéré n'apparaît plus ou apparaît moins punissable pénalement (cf. ATF 134 IV 82 consid. 6.1). La

détermination du droit le plus favorable s'effectue par une comparaison concrète de la situation de l'auteur, suivant qu'il est jugé à l'aune de l'ancien ou du nouveau droit. Doivent en principe être examinées au premier chef les conditions légales de l'infraction litigieuse. Lorsque le comportement est punissable tant en vertu de l'ancien que du nouveau droit, il y a lieu de procéder à une comparaison d'ensemble objective des sanctions encourues (cf. ATF 135 IV 113 consid. 2.2).

1.6.1. Les délais de prescription de l'action pénale prévus par l'art. 97 al. 1 CP ont été modifiés avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2014 (RO 2013 4417). Afin de donner plus de temps aux autorités pénales pour enquêter sur les affaires complexes, les délits ont été divisés en deux catégories, les délits "graves", soit ceux passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus, soumis à une prescription de dix ans, et les autres délits, soit ceux sanctionnés par une peine privative de liberté de moins de trois ans ou d'une peine pécuniaire, soumis à une prescription de sept ans, alors que dans la version précédente, le délai de prescription était de sept ans pour l'ensemble des délits passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans ces conditions, les dispositions légales sur la prescription en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013 sont manifestement plus favorables aux prévenus.

1.6.2. De nouvelles dispositions du Code pénal relatives aux peines et aux mesures sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (RO 2016 1249). Ce nouveau droit a durci le régime des sanctions, supprimant le travail d'intérêt général (art. 37 CP) et réduisant la possibilité de prononcer une peine pécuniaire (art. 34 CP). Dans ces conditions, les dispositions légales relatives aux sanctions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017 sont manifestement plus favorables aux prévenus.

## II. A. \_\_\_\_\_

### 2. Prescription

2.1. Le Tribunal pénal économique a examiné séparément chacun des volets mentionnés dans l'acte d'accusation pour conclure que la prescription était acquise pour la plupart des actes incriminés, seuls les investissements effectués du 27 avril 2011 au 11 octobre 2012, ainsi que l'avance à terme fixe du 21 septembre 2011 n'étant pas prescrits.

Dans son appel, le Ministère public s'en prend au raisonnement du Tribunal pénal économique. Il fait valoir que le point de départ de la prescription en matière de gestion déloyale correspond au moment où l'auteur cesse son comportement durablement illicite, que le devoir de contrôle qui incombe aux membres du conseil de fondation d'une caisse de pension perdure pendant toute la durée du mandat, et qu'en ce qui concerne A. \_\_\_\_\_, il n'a donc pris fin que le 15 août 2014 lorsque l'autorité de surveillance l'a révoqué de sa fonction avec effet immédiat. Le Ministère public en conclut que l'intégralité des omissions reprochées au prévenu n'était donc pas prescrite à la date du jugement de première instance.

2.2. Le délai de prescription pour le délit de gestion déloyale est de sept ans en application de l'art. 97 al. 1 let. c aCP (cf. consid. 1.6.1 ci-avant). Conformément à l'art. 98 CP, la prescription court (a) dès le jour où l'auteur a exercé son activité coupable, (b) dès le jour du dernier acte si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises, (c) dès le jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée. Si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu, la prescription ne court plus (art. 97 al. 3 CP).

La jurisprudence au sujet de l'art. 98 let. b CP a évolué au fil du temps, le Tribunal fédéral abandonnant la notion de délit successif au profit de celle d'unité du point de vue de la prescription. Cette dernière notion a ensuite été remplacée par la figure de l'unité juridique ou naturelle d'actions (cf. ATF 131 IV 83 consid. 2.4.5). L'unité juridique d'actions existe lorsque le comportement défini par la norme présuppose, par définition, la commission d'actes séparés, tel le brigandage (art. 140 CP), mais aussi lorsque la norme définit un comportement durable se composant de plusieurs actes, par exemple les délits de gestion fautive (art. 165 CP), ou de services de renseignements politiques ou économiques (art. 272 et 273 CP). L'unité naturelle d'actions existe lorsque des actes séparés procèdent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme des événements formant un ensemble en raison de leur relation étroite dans le temps et dans l'espace. Elle vise ainsi la commission répétée d'infractions – par exemple, une volée de coups – ou la commission d'une infraction par étapes successives – par exemple, le sprayage d'un mur avec des graffitis pendant plusieurs nuits successives – une unité naturelle étant cependant exclue si un laps de temps assez long s'est écoulé entre les différents actes, quand bien même ceux-ci seraient liés entre eux (cf. ATF 132 IV 49 consid. 3.1.1.3; 131 IV 83 consid. 2.4.5). La notion d'unité naturelle d'actions doit être interprétée restrictivement et ne sera donc admise qu'à la double condition que les faits punissables procèdent d'une décision unique et se traduisent, dans le temps et dans l'espace, par des actes suffisamment rapprochés pour former un tout (cf. arrêt TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.2).

Le Tribunal fédéral a ainsi retenu qu'il y avait lieu d'admettre l'existence d'une unité naturelle d'actions dans un cas où l'auteur avait lésé le même bien juridiquement protégé, les intérêts financiers de la société dont il était administrateur, en lui faisant supporter des dépenses de même nature, à savoir les frais d'entretien et primes d'assurance, se rapportant au même objet, un avion, à des intervalles réguliers, étant précisé que les primes payées découlaient du même contrat d'assurance. Les actes appréhendés procédaient d'une décision unique consistant pour l'auteur à mettre à la charge de la société tous les frais d'entretien et d'assurance d'un avion dont il disposait à sa guise à des fins privées. Ces actes apparaissent objectivement comme des événements appartenant à un ensemble en raison de leur étroite relation dans le temps et dans l'espace, dans la mesure où ces dépenses régulières et de même nature, étaient systématiquement mises à la charge de la société (cf. arrêt TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.4). Le Tribunal fédéral a tenu le même raisonnement s'agissant du versement du salaire aux employées de la société pour des tâches ménagères effectuées au domicile privé de l'auteur plusieurs fois par semaine. Pour ce poste, le patrimoine lésé chaque mois était celui de la société, pour des dépenses de même nature, lesquelles se rapportaient à des mêmes prestations, fournies par les mêmes personnes. Les dépenses découlaient de la même relation contractuelle, pour chacune des employées (cf. arrêt TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.5). Enfin, toujours dans le même contexte, le Tribunal fédéral a retenu, s'agissant de l'occupation à des fins privées de locaux financés par la société, qu'en sa qualité de gérant, l'auteur avait violé son devoir de diligence et de fidélité en mettant à la charge de la société, un appartement occupé à des fins privées, par la conclusion d'un contrat de bail à l'insu du conseil d'administration. La situation illégale ainsi créée était maintenue par l'omission de la faire cesser. En effet, en demeurant avec sa famille dans l'appartement financé par la société, le recourant a maintenu l'état de fait délictueux implicitement contenu dans les éléments constitutifs de la gestion déloyale aggravée en augmentant le dommage par la mise à la charge de la société du paiement mensuel du loyer. Aussi, dans la configuration d'espèce, l'infraction en cause résultait d'une activité coupable d'une certaine durée au sens de l'art. 98 let. c CP, le délai de prescription commençant à courir au moment où celle-ci a cessé. En tout état de cause, l'infraction concernée procédait d'une seule

décision prise au moment de la conclusion du contrat de bail. Le patrimoine lésé chaque mois était celui de la société, pour des dépenses de même nature, soit le loyer et les frais accessoires, lesquelles se rapportaient à un même objet. Les dettes étaient exigibles régulièrement et découlaient du même contrat de bail. Aussi, de l'avis du Tribunal fédéral, que ce soit sous l'angle de l'art. 98 let. b CP, interprété à la lumière de la jurisprudence actuelle, ou de l'art. 98 let. c CP, le délai de prescription avait commencé à courir au moment où l'activité avait définitivement cessé (cf. arrêt TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.6).

Avec la doctrine s'exprimant sur la question de la prescription en matière de gestion déloyale et le Tribunal fédéral, il convient par conséquent de retenir que, malgré l'abandon de la figure de l'unité du point de vue de la prescription, le point de départ de celle-ci doit correspondre au moment où l'auteur cesse son comportement durablement illicite, quand bien même il ne s'agirait pas d'un délit continu (cf. arrêt TF 6B\_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.2.1; TRECHSEL/CRAMERI, *in* Trechsel/Pieth [éd.], StGB Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd. 2018, art. 158 n. 15; cf. aussi ATF 117 IV 408 consid. 2g).

2.3. En l'espèce, la Cour de céans ne saurait suivre le Tribunal pénal économique lorsqu'il estime, sans cependant l'expliquer, qu'il n'y a pas lieu, au vu des circonstances, de retenir une unité d'action. En effet, ainsi que l'appelant le relève avec pertinence, le devoir de diligence et de contrôle d'un membre du conseil de fondation d'une institution de prévoyance commence avec son entrée en fonction effective (cf. ATF 141 V 51 consid. 6.1), et perdure pendant toute la durée du mandat (cf. ATF 141 V 51 consid. 6.2.3). L'activité d'un membre du conseil de fondation d'une institution de prévoyance définit donc un comportement durable, qui s'étend du début du mandat à sa fin, et constitue par conséquent une unité d'actions sous l'angle de la prescription.

Par ailleurs, si l'acte d'accusation évoque, notamment, quatre volets spécifiques à la charge du prévenu, il n'en demeure pas moins qu'à l'exception du dernier – à savoir d'avoir contracté dès 2008 plusieurs avances à terme fixe en violation des règles applicables –, et comme résumé avec pertinence par les premiers juges, *il est reproché au prévenu une omission, soit celle de n'avoir rien entrepris pour éviter la poursuite des investissements dans P.\_\_\_\_\_ Ltd. Comme il lui est fait grief de n'avoir jamais demandé à O.\_\_\_\_\_ de présenter le sous-fonds T.\_\_\_\_\_ Ltd, respectivement de n'avoir jamais demandé à O.\_\_\_\_\_ de documenter de manière transparente les placements effectués dans le cadre de la gestion discrétionnaire, cela revient à lui reprocher d'avoir laissé le gestionnaire externe procéder à des investissements préjudiciables, alors qu'il aurait dû le constater s'il avait procédé à une vérification auprès de O.\_\_\_\_\_.*

Les actes spécifiques reprochés au prévenu dans les trois premiers volets – à savoir de n'être pas intervenu efficacement auprès de N.\_\_\_\_\_ SA en 2009 pour faire respecter l'engagement pris de faire reprendre les titres Lehman Brothers, qui avaient perdu toute valeur, par une société du groupe de N.\_\_\_\_\_ SA à la valeur d'acquisition originelle, de n'avoir jamais demandé à O.\_\_\_\_\_ de lui présenter le fonds, non coté en bourse, T.\_\_\_\_\_ Ltd, en documentant par pièces en quoi consistaient les sous-jacents dudit fonds, et de ne pas avoir vérifié en 2009 si l'investissement londonien effectué par ce fonds avait été effectivement remboursé à la fin de l'année 2008 conformément aux indications de O.\_\_\_\_\_, et de n'avoir jamais demandé à O.\_\_\_\_\_ de documenter de manière transparente les placements effectués dans le cadre de la gestion discrétionnaire, nonobstant les doutes émis par plusieurs intervenants en 2010 – se résument ainsi en un seul comportement coupable, celui de ne pas avoir suffisamment vérifié l'activité du gestionnaire externe. Contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, on doit par conséquent admettre l'existence d'une unité naturelle d'actions puisque le prévenu a lésé le même

bien juridiquement protégé, les intérêts financiers de l'institution de prévoyance, par des actes – respectivement des omissions – se rapportant au même objet, la gestion discrétionnaire confiée à N.\_\_\_\_\_ SA, sur un période déterminée. Les actes appréhendés procédaient d'une décision unique consistant, pour le prévenu, à se contenter des informations fournies par le gestionnaire externe sans procéder à des vérifications ou des investigations complémentaires. Ces omissions apparaissent objectivement comme des évènements appartenant à un ensemble.

La prescription n'a donc commencé à courir, pour l'ensemble des actes de gestion et de contrôle incombant au prévenu A.\_\_\_\_\_ en lien avec le contrat de gestion discrétionnaire confié à N.\_\_\_\_\_ SA qu'à partir du 15 août 2014, lorsque l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations l'a révoqué avec effet immédiat de sa fonction de membre du Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS. Les faits qui lui sont reprochés dans ce contexte n'étaient donc pas prescrits le 20 mars 2018 lorsque le Tribunal pénal économique a rendu son jugement.

2.4. Compte tenu de la jurisprudence évoquée, le jugement attaqué doit en revanche être confirmé en ce qui concerne la prescription de la plupart des actes figurant dans le dernier volet reproché au prévenu. En effet, comme retenu par les premiers juges, chaque contrat relatif à une avance à terme fixe octroyée par V.\_\_\_\_\_, constitue un acte séparé ponctuel, faisant l'objet de conditions, de garanties et d'affectations distinctes, et ce à des moments différents. A défaut d'unité d'action entre eux, la prescription court pour chaque contrat à partir du jour où le crédit a été contracté et mis à la disposition du gestionnaire externe. Elle est par conséquent acquise partiellement, pour toutes les avances à terme fixe contractées avant le 20 mars 2011. Seule l'avance à terme fixe du 21 septembre 2011 (cf. DO 6c/10061), pourra par conséquent être examinée par la Cour de céans.

2.5. Ce qui précède conduit à la modification du classement partiel prononcé par le Tribunal pénal économique s'agissant de l'infraction de gestion déloyale reprochée à A.\_\_\_\_\_ (ch. I.1 du dispositif du jugement attaqué).

### 3. *Respect du principe d'accusation*

3.1. Le Tribunal pénal économique a acquitté A.\_\_\_\_\_. De son avis, l'état de fait renvoyé, qui envisagerait uniquement la position que le prévenu occupait en tant que membre de la Commission de placement, interdisait au Tribunal pénal économique d'analyser les reproches formulés en relation avec d'éventuels agissements répréhensibles que le prévenu aurait commis en tant que membre du Conseil de fondation. Or, les premiers juges ont tenu pour établi que c'est bien le Conseil de fondation, comme il lui appartenait de le faire, qui a choisi la politique de placement et sélectionné le gestionnaire, et a pris la décision d'investir dans les quatre sous-fonds de P.\_\_\_\_\_ Ltd. On ne saurait donc reprocher au prévenu, en sa qualité de membre de la Commission de placement, d'avoir été l'auteur de prétendus manquements pour avoir choisi le contrat de placement discrétionnaire, les instruments de placement et le financement par le biais des avances à terme fixe, ces tâches relevant de la politique de placement qui est de la compétence exclusive du Conseil de fondation et ne pouvait être déléguée. Le Tribunal pénal économique en a conclu que, dès lors que la Commission de placement ne disposait pas d'une indépendance suffisante dans la gestion, ni n'avait une autonomie suffisante sur les biens du Fonds de prévoyance ACSMS, le prévenu, en sa seule qualité de membre de la Commission de placement, n'avait pas une position de gérant.

Le Ministère public conteste cette appréciation. Il relève que chacun des membres d'un organe de gestion collectif peut tomber sous le coup de l'infraction de gestion déloyale si, en cette qualité, il a participé à des actes constitutifs de l'infraction visée par cette disposition. De plus, dans l'acte d'accusation, il est précisé que le prévenu œuvrait en tant que membre du Conseil de fondation, celui-ci assumant la responsabilité globale de la gestion de la fortune et ayant délégué les compétences et les procédures en matière de gestion à la Commission de placement. L'acte d'accusation a donc valablement renvoyé le prévenu en tant que membre de la Commission de placement et du Conseil de fondation, auquel la Commission de placement est intégrée.

3.2. La procédure pénale est gouvernée par le principe de l'accusation. Selon celui-ci, qui est consacré à l'art. 9 CPP, mais découle aussi des art. 29 al. 2 Cst., 32 al. 2 Cst. et 6 par. 1 et 3 let. a et b CEDH, l'acte d'accusation détermine l'objet du procès (fonction de délimitation). Il doit décrire les infractions qui sont imputées au prévenu de façon suffisamment précise pour lui permettre d'apprécier, sur les plans subjectif et objectif, les reproches qui lui sont faits. Le principe d'accusation vise également à protéger le droit à une défense effective et le droit d'être entendu (fonction d'information). Le contenu de l'acte d'accusation doit ainsi permettre au prévenu de s'expliquer et préparer efficacement sa défense (cf. ATF 141 IV 132 consid. 3.4.1).

Les art. 324 ss CPP règlent la mise en accusation, en particulier le contenu strict de l'acte d'accusation. Selon l'art. 325 CPP, l'acte d'accusation désigne notamment les actes reprochés au prévenu, le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur (let. f); les infractions réalisées et les dispositions légales applicables de l'avis du ministère public (let. g). En d'autres termes, l'acte d'accusation doit contenir les faits qui, de l'avis du ministère public, correspondent à tous les éléments constitutifs de l'infraction reprochée à l'accusé. Le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, mais peut s'écarter de l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public (art. 350 al. 1 CPP), à condition d'en informer les parties présentes et de les inviter à se prononcer (art. 344 CPP). Il peut toutefois retenir dans son jugement des faits ou des circonstances complémentaires, lorsque ceux-ci sont secondaires et n'ont aucune influence sur l'appréciation juridique. La description des faits reprochés dans l'acte d'accusation doit être la plus brève possible (art. 325 al. 1 let. f CPP). Celui-ci ne poursuit pas le but de justifier ni de prouver le bien-fondé des allégations du ministère public, qui sont discutées lors des débats (cf. arrêt TF 6B\_1023/2017 du 25 avril 2018 consid. 1.1). Il n'est pas nécessaire que l'acte d'accusation contienne l'ensemble des circonstances qui ressortent des pièces du dossier, ni que l'ensemble des circonstances retenues par le tribunal figure dans l'acte d'accusation, sans quoi le jugement ne pourrait constituer qu'une copie de cet acte. L'acte d'accusation peut ainsi faire abstraction des éléments contextuels, notamment lorsqu'ils ressortent du dossier de la cause si bien que le prévenu peut se défendre utilement (cf. arrêt TF 6B\_1023/2017 du 25 avril 2018 consid. 1.3).

Des imprécisions dans la description des faits sont sans portée, dans la mesure où le prévenu ne peut avoir de doute sur le comportement qui lui est reproché. La question de savoir si les indications données sont suffisamment précises doit être examinée concrètement, en tenant compte de tous les éléments mentionnés dans l'acte d'accusation (cf. arrêt TF 6B\_665/2017 du 10 janvier 2018 consid. 1.1). Le cas échéant, il peut suffire qu'un reproche découle implicitement de l'état de fait décrit (cf. arrêt TF 6B\_397/2014 du 28 août 2014 consid. 1.2).

3.3. En lien avec la qualification juridique mentionnée dans l'acte d'accusation du 28 août 2017, à savoir l'infraction de gestion déloyale selon l'art. 29 let. 1 [*recte*: let. a] en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP, la Cour de céans relève en premier lieu ce qui suit.

Conformément à l'art. 29 let. a CP, un devoir particulier dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité et qui incombe uniquement à la personne morale est imputé à la personne physique lorsque celle-ci agit en qualité d'organe d'une personne morale ou de membre d'un tel organe. Cette disposition permet de combler les lacunes de la punissabilité qui interviennent lorsqu'une personne physique commet un délit propre qui viole un devoir particulier n'obligeant que l'entreprise, alors que celle-ci ne peut pas être punie conformément à l'adage *societas delinquere non potest* dans l'hypothèse où les conditions des art. 102 et 102a CP ne sont pas remplies (cf. PC CP, 2<sup>e</sup> éd. 2017, art. 29 n. 2). A titre d'exemple, peut ainsi être poursuivi pour abus de confiance l'organe d'une personne morale lorsque des valeurs ont été confiées à la personne morale et que le devoir de les utiliser de la manière convenue incombe à cette dernière (cf. arrêts TF 6B\_356/2016 du 6 mars 2017 consid. 2.3; 6B\_1046/2015 du 28 avril 2016 consid. 1.3). La règle de la responsabilité de l'organe selon l'art. 29 CP ne change rien au fait que la personne concernée doit remplir les caractéristiques objectives et subjectives de l'infraction concernée. Ce n'est que la qualification spéciale exigée par la loi qu'elle ne doit pas réaliser en personne (cf. arrêt 6P.66/2004 du 21 décembre 2004 consid. 1.3.2). La norme ne trouve en outre pas application lorsque la personne physique concernée remplit à titre personnel toutes les conditions d'imputation d'un délit propre (cf. WEISSENBARGER, *in* BSK StGB I, 4<sup>e</sup> éd. 2019, art. 29 n. 5).

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater qu'on n'est pas en présence d'un cas d'application de l'art. 29 CP. En effet, l'accusation porte sur l'infraction de gestion déloyale commise, le cas échéant, par le prévenu à titre personnel dans le cadre de son activité de gérant du Fonds de prévoyance ACSMS, et non sur une infraction commise par le Fonds de prévoyance ACSMS et imputé au prévenu en sa qualité d'organe de ce dernier. Une éventuelle condamnation devra par conséquent avoir lieu en application du seul art. 158 ch. 1 CP et non par application conjointe des art. 29 let. a et 158 ch. 1 CP.

3.4. Aux termes de l'art. 158 ch. 1 CP, celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

3.4.1. Selon la jurisprudence, est un gérant la personne qui, de manière indépendante et en tant que responsable, de fait ou selon un mandat formel, doit s'occuper de gérer une part non négligeable du patrimoine d'autrui, dans l'intérêt de ce tiers. Seul peut avoir une position de gérant celui qui dispose d'une indépendance et d'un pouvoir de disposition suffisamment autonome sur tout ou partie de la fortune d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise, par exemple (cf. arrêt TF 6B\_472/2011 du 14 mai 2012 consid. 10.2.1). La disposition s'applique notamment à des gérants d'affaires indépendants ainsi qu'aux organes dirigeants, sur le plan opérationnel, de personnes morales et de sociétés de capitaux (cf. ATF 142 IV 346 consid. 3.2).

Dans le cadre de la gestion des personnes morales, l'art. 158 CP s'applique à l'organe d'administration auquel incombe la direction effective des affaires internes en vue de l'accomplissement du but social et la représentation de la personne morale face aux tiers. Tel est le cas notamment de l'organe chargé de représenter, d'administrer et de diriger une fondation. Un tel organe est tenu, par une obligation découlant de la loi (cf. art. 49a de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle [OPP2; RS 831.441.1]), d'administrer fidèlement et correctement le patrimoine de la fondation, conformément au but de celle-ci; il se trouve ainsi nécessairement en position de gérant de la fondation et jouit d'un pouvoir de disposition autonome

sur les biens qu'il administre (cf. arrêt TF 6B\_412/2016 du 10 février 2017 consid. 2.2; ATF 105 IV 106 consid. 2).

Lorsque l'organe est composé de plusieurs personnes, celles-ci jouissent collectivement du pouvoir de gestion autonome propre à l'organe dont elles font partie et si l'un des membres de cet organe, seul ou avec d'autres, accomplit dans l'exercice de ce pouvoir des actes constitutifs de gestion déloyale, il tombe sous le coup de la disposition de l'art. 158 CP (cf. ATF 105 IV 106 consid. 2; arrêt TF 6B\_472/2011 du 14 mai 2012 consid. 10.2.2). Il n'y a aucune raison en effet de considérer que seul celui qui jouit individuellement d'un pouvoir de disposition autonome peut tomber sous le coup de l'art. 158 CP, à l'exclusion de ceux qui disposent du même pouvoir collectivement (cf. arrêt TF 6B\_1058/2015 du 12 avril 2016 consid. 3.3; ATF 105 IV 106 consid. 2). Il importe peu, s'agissant de décider si l'art. 158 CP est applicable, de savoir si le prévenu a fait ou n'a pas fait qu'exécuter les décisions prises par d'autres membres du même organe de gestion collective. En droit, sa position au conseil est égale à celle des autres et il participe comme les autres au pouvoir de gestion et d'administration de la personne morale. Qu'il n'ait pas, en réalité, exercé sa fonction comme il pouvait et devait le faire en droit, n'enlève rien à sa qualité de participant à la gestion (cf. ATF 105 IV 106 consid. 2). Peu importe également qu'il ne dispose que d'une signature collective à deux (cf. arrêt TF 6B\_959/2017 du 29 mars 2018 consid. 3.2).

Il peut être approprié – en particulier dans les grandes institutions de prévoyance – de confier certaines tâches à certains membres ou à un comité regroupant plusieurs membres de l'organe de direction. Ces comités ne doivent pas obligatoirement être constitués de façon paritaire. Ils doivent cependant être nommés par l'organe paritaire. Même dans ce cas de figure, l'organe suprême, en composition plénière, reste toutefois compétent pour assumer les tâches centrales de direction. Les membres de la direction ou les commissions à qui des tâches ont été déléguées doivent se conformer au cadre fixé par l'organe suprême. Pour être valable, cette délégation doit également être autorisée par les statuts ou un règlement. Contrairement au cas de la délégation à des personnes externes, l'organe suprême ne peut ici se libérer d'une partie de sa responsabilité; il reste dès lors pleinement responsable des conséquences juridiques (cf. arrêt TF 9C\_786/2013 du 18 décembre 2014 consid. 4.3).

3.4.2. En l'espèce, aux termes de l'art. 5 des statuts du Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 60/36564), la gestion de la fondation était confiée au conseil de fondation, composé d'au moins 12 membres, qui prend toutes les dispositions utiles et administre la fondation (art. 6 al. 3 des statuts), et édicte des règlements (art. 7 al. 1 des statuts). Conformément à l'art. 6 al. 1 du règlement de placement (cf. DO PS 53/34526 et DO PS 60/36640), le Conseil de fondation assume la responsabilité globale de la gestion de la fortune dans le respect des dispositions légales, statutaires et réglementaire. Les attributions du Conseil de fondation étaient par conséquent celles de l'organe d'administration suprême. Il incombait à cet organe – organisé de manière paritaire entre les représentants des employeurs et les représentants des assurés – d'assumer en particulier la gestion patrimoniale du Fonds de prévoyance ACSMS. La politique de placement, qui devait viser un rendement optimal, répartir les risques et éviter la dépréciation du capital, lui incombait également (art. 3 al. 4 et 5 des statuts). La réglementation mise en place au sein du Fonds de prévoyance ACSMS correspondait de la sorte aux prescriptions légales, l'art. 49a al. 1 OPP2 prévoyant que l'organe suprême – soit en l'espèce le Conseil de fondation – est responsable de la gestion des placements et définit, surveille et pilote de manière compréhensible la gestion de la fortune en tenant compte des rendements et des risques.



L'art. 6 al. 2 du règlement de placement (cf. DO PS 53/34526 et DO PS 60/36640) prévoit certes que le Conseil de fondation délègue les compétences et les procédures en matière de gestion de la fortune de la fondation au Comité de placement, mais en application de la réglementation légale et de la jurisprudence, force est de constater qu'il ne s'agit pas d'une délégation à proprement parler. En effet, dans le cadre d'une délégation à un organe subordonné, le Conseil de fondation, organe suprême, ne peut se libérer d'une partie de sa responsabilité et reste pleinement responsable des conséquences juridiques. De son côté, selon l'art. 7 al. 2 du règlement de placement (cf. DO PS 53/34526 et DO PS 60/36640), le Comité de placement propose, pour approbation par le Conseil de fondation, une allocation stratégique des actifs en tenant compte du niveau de risques que peut prendre la fondation, contrôle et analyse la performance de chaque actif, veille à ce que l'allocation d'actifs soit respectée, peut gérer des actions et/ou des obligations jusqu'à concurrence de 50% de la fortune totale, et édite chaque année un rapport sur les placements qui est soumis pour validation au Conseil de fondation. Conformément à la réglementation légale, aucune des tâches qui lui sont déléguées ne comporte ainsi un transfert de responsabilité, celle-ci restant pleinement attribuée au Conseil de fondation et à ses membres.

Au vu de ce qui précède, l'activité de gérant au sens de l'art. 158 CP – et la responsabilité qui en découle – appartenait exclusivement au Conseil de fondation, à l'exclusion du Comité de placement.

3.5. L'acte d'accusation du 28 août 2017, sous le titre "*les organes du Fonds de prévoyance ACSMS et leurs attributions*", retient que douze personnes étaient inscrites en qualité de membres du Conseil de fondation et que D.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ œuvraient respectivement en tant que président et vice-président avec signature collective à deux. L'acte d'accusation précise également que, selon l'art. 6 du règlement de placement, le Conseil de fondation assume la responsabilité globale de la gestion de la fortune dans le respect des dispositions légales, statutaires et réglementaires, avant d'ajouter : « *A cet effet, le Conseil de fondation délègue les compétences et les procédures en matière de gestion de la fortune de la fondation au Comité de placement* ». Enfin, sous le titre "*faits reprochés*", l'acte d'accusation expose que les prévenus étaient "*membres de la Commission de placement du Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS*" et que, en cette qualité, ils avaient une position de gérants. Il décrit ensuite les devoirs de gestion qui incombent à l'institution de prévoyance avant d'énumérer, avec la cautèle "*notamment*", quatre comportements des prévenus constitutifs de l'infraction de gestion déloyale.

Par ailleurs, lors des auditions finales de A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, l'accusation de gestion déloyale a été formulée de la manière suivante : « *En l'occurrence, l'on peut vous reprocher d'avoir confié les avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS à N.\_\_\_\_\_ SA et d'avoir ainsi violé le principe de la répartition appropriée des risques. Bien que la responsabilité intransmissible pour la stratégie de placement incombe au Conseil de fondation dans son ensemble, le Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS a, en application de l'art. 6 du règlement de placement, délégué les compétences et les procédures en matière de gestion de la fortune de la fondation au Comité de placement. [...] Même s'il ne s'agit pas d'une délégation au sens strict du terme, mais plutôt d'une mesure de nature organisationnelle dans le but d'améliorer l'efficacité de l'activité du Conseil de fondation, il appert que votre mission était de veiller sur la gestion des intérêts pécuniaires du Fonds de prévoyance ACSMS. En tant que membres de la commission [recte : du comité] de placement, vous avez omis d'analyser avec un esprit critique les chiffres et explications fournis par O.\_\_\_\_\_* » (cf. DO 2b/300924 ; 2c/301011, 301117 et 301204).

Il apparaît ainsi, sur le vu du déroulement de la procédure, que l'intention manifeste du Ministère public était de mettre en cause les membres de la Commission de placement et non l'ensemble des membres du Conseil de fondation. Cette intention est matérialisée dans le texte de l'acte d'accusation, confirmée sur ce point par les reproches formulés à l'égard des quatre prévenus lors de leur audition finale par le Ministère public. Elle découle en outre du simple fait que le Ministère public s'est limité à accuser les quatre membres de la Commission de placement, à savoir A. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_, sans étendre l'accusation aux huit autres membres du Conseil de fondation. Le Ministère public semble ainsi être parti de la prémisse, erronée, que la Commission de placement s'était vue déléguer des compétences en matière de gestion de fortune, compétences qui en auraient fait des gérants au sens de l'art. 158 CP.

Dans la mesure où l'acte d'accusation s'attache exclusivement à la Commission de placement et à l'activité déployée par ses membres dans ce cadre, force est de constater que la véritable activité de gérant au sens l'art. 158 CP, qui appartient exclusivement au Conseil de fondation (cf. consid. 3.4.2 ci-avant), échappe à l'examen de la Cour de céans. Dans la mesure où la Commission de placement n'avait aucune compétence de gestion, l'activité de ses membres ne pouvait, à ce titre, tomber dans le champ d'application de l'art. 158 CP réprimant la gestion déloyale. C'est donc à juste titre que les quatre membres de la Commission de placement ont été acquittés sous cet angle.

3.6. Compte tenu de ce qui précède, la Cour de céans s'est demandé s'il convenait de renvoyer la cause au Ministère public pour qu'il complète l'acte d'accusation.

Conformément à l'art. 333 al. 1 CPP, le tribunal donne au ministère public la possibilité de modifier l'accusation lorsqu'il estime que les faits exposés dans l'acte d'accusation pourraient réunir les éléments constitutifs d'une autre infraction, mais que l'acte d'accusation ne répond pas aux exigences légales. Le but de cette disposition procédurale est d'empêcher les acquittements injustifiés, d'établir la vérité et de faire respecter le droit de l'État à la sanction (cf. BSK StPO-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, 2<sup>e</sup> éd. 2014, art. 333 n. 2). Le ministère public décide ainsi quelle norme pénale est à première vue concernée par le processus de vie décrit dans l'acte d'accusation. Comme la délimitation des diverses infractions pénales n'est pas toujours aisée, il est tout à fait possible que l'acte d'accusation ne fasse qu'exposer les faits de l'affaire par rapport à une infraction donnée, mais qu'il n'y ait aucune description des éléments relatifs à une autre infraction sous laquelle le même processus de vie pourrait également être analysé. Comme ces éléments ne sont pas décrits, il faut donner au ministère public la possibilité de modifier son acte d'accusation (cf. BSK StPO-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, art. 333 n. 3). Le tribunal doit alors procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt légitime du prévenu de pouvoir s'appuyer sur une accusation définie et se défendre en conséquence et l'intérêt public à sanctionner les infractions pénales. Plus l'intérêt public requiert qu'une infraction soit sanctionnée, plus le renvoi de l'accusation en vue de sa modification sera justifié (cf. BSK StPO-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, art. 333 n. 4). Il ne serait en effet pas admissible qu'un crime contre la vie et l'intégrité corporelle reste impuni simplement parce qu'un élément de fait a été omis dans l'acte d'accusation (cf. BSK StPO-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, art. 333 n. 5).

En l'espèce, l'infraction en cause n'est pas un crime, mais un délit, et il s'agit d'une infraction contre le patrimoine et non contre la vie et l'intégrité corporelle. Dans ces conditions, il ne se justifie pas de faire usage de la possibilité offerte par l'art. 333 CPP. Le recours à cette possibilité s'impose d'autant moins que, si la Cour de céans avait pu examiner l'activité du prévenu

A. \_\_\_\_\_ sous l'angle de l'art. 158 CP, cet examen aurait abouti à son acquittement (cf. consid. 4 ci-après).

#### 4. Gestion déloyale

Dans la mesure où l'acte d'accusation porte exclusivement sur l'activité de la Commission de placement, la Cour de céans ne pouvait examiner la véritable activité de gérant au sens l'art. 158 CP, qui appartient exclusivement au Conseil de fondation (cf. consid. 3.4.2 et 3.5 ci-avant). Cela étant et à titre superfétatoire, il y a lieu de retenir ce qui suit dans l'hypothèse où il aurait fallu examiner l'activité du prévenu A. \_\_\_\_\_ en tant que membre du Conseil de fondation et retenir qu'à ce titre, il revêtait bien la qualité de gérant au sens de l'art. 158 CP.

##### 4.1.

4.1.1. 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. Savoir s'il y a violation de telles obligations implique de déterminer, au préalable et pour chaque situation particulière, le contenu spécifique des devoirs incombant au gérant. Ces devoirs s'examinent au regard des dispositions légales et contractuelles applicables, des éventuels statuts, règlements internes, décisions de l'assemblée générale, buts de la société et usages spécifiques de la branche (cf. arrêt TF 6B\_787/2016 du 2 mai 2017 consid. 2.3.1). La gestion déloyale peut être commise de façon typique également par omission (cf. TRECHSEL/CRAMERI, art. 158 n. 10).

Agit en violation de ses devoirs au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP celui qui, en tant que gérant, s'expose à un risque commercial non autorisé, parce qu'il ne respecte pas les directives. Les actes qui respectent le cadre d'une gestion d'affaires conforme ne sont pas constitutifs de gestion déloyale, même lorsque les dispositions prises engendrent une perte. Est seul punissable le fait d'encourir des risques qu'un gérant d'affaires prudent ne prendrait pas dans la même situation. En pareil cas, on doit dès lors déterminer à l'avance si les risques auxquels on s'expose sont proscrits en vertu de l'accord intervenu ou des directives émises (cf. ATF 142 IV 346 consid. 3.2). Dans l'appréciation du comportement du gérant, il s'avère indispensable de tenir compte des risques nécessairement inhérents à la gestion d'intérêts pécuniaires et à la vie des affaires en général. Tant que la prise de risque assumée par le gérant demeure conforme aux règles applicables, il est exclu de parler de violation d'un devoir de gestion. Une telle violation ne saurait être admise du seul fait que le comportement adopté par le gérant s'avère ultérieurement préjudiciable. Au contraire, l'art. 158 CP n'est censé punir que les comportements impliquant une prise de risque qu'un gérant d'affaires avisé n'aurait jamais pris dans la même situation, et ce, compte tenu d'une appréciation *ex ante* du comportement considéré (cf. PC CP, art. 158 n. 21; SCHEIDEGGER/VON WURSTEMBERGER, *in* CoRo CP II, 2017, art. 158 n. 46).

4.1.2. En matière de prévoyance professionnelle, le point de savoir si un organe a manqué fautivement à ses devoirs dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'institution. Les attributions d'un organe peuvent découler de la loi et de ses ordonnances d'exécution, de l'acte de fondation et de ses règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ou encore des directives de l'autorité de surveillance. A l'instar des organes d'une personne morale, les organes d'une institution de prévoyance sont en outre

communément tenus de faire preuve de diligence et de fidélité dans l'accomplissement de leur mandat. De façon générale, la diligence requise s'apprécie au regard de critères objectifs et correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques. Dans le contexte de la gestion d'une institution de prévoyance, il convient de tenir toutefois compte de la nature particulière du mandat exercé par la personne concernée, ainsi que des impératifs liés à la gestion paritaire. Cela implique qu'il faut, dans chaque situation, apprécier les circonstances qui entourent la participation de la personne concernée à la gestion de l'institution de prévoyance, telles que son éventuelle dépendance envers l'employeur, sa faculté d'accepter ou de refuser son mandat, la taille de l'institution de prévoyance ou encore la complexité particulière des décisions à prendre (cf. arrêt TF 9C\_786/2013 du 18 décembre 2014 consid. 4.1).

L'organe suprême des institutions de prévoyance est constitué de manière paritaire, salariés et employeurs ayant le droit de désigner le même nombre de représentants, une structure expressément voulue par le législateur (cf. art. 51 LPP). Selon certains auteurs, on ne doit par conséquent pas pouvoir attendre du membre "milicien" du conseil de fondation d'une institution de prévoyance qu'il dispose de connaissances aussi étendues en matière de gestion financière qu'un administrateur de société anonyme ou qu'un représentant du département financier de l'employeur siégeant au sein du même conseil (cf. ANDERSON, Devoir de diligence et placements des institutions de prévoyances: aspects juridiques, *in* Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile, Trigo Trinidad et Anderson [éd.], 2006, p. 33). Cela étant, même pour ces auteurs, les membres du conseil de fondation d'une institution de prévoyance ne peuvent pas invoquer leur statut particulier de "milicien" pour s'exculper des conséquences d'un éventuel manquement à leur devoir de diligence découlant d'un défaut de participation aux séances du conseil ou d'une absence d'esprit critique dans le cadre de la prise de décision (cf. ANDERSON, p. 34; cf. aussi GEISER, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, *in* RSAS 2005 337, n. 2.2 p. 354). Les organes d'une institution de prévoyance doivent par ailleurs en toute hypothèse faire preuve d'une diligence particulière lorsque le conseil de fondation décide d'effectuer des placements plus risqués. Des placements de ce type requièrent en effet des réflexions plus approfondies au moment de la décision initiale d'y procéder ainsi que la mise en place d'une organisation adaptée pour effectuer ces investissements de manière adéquate et un suivi plus étroit au vu des risques de fluctuations plus importants que pour des placements ordinaires (cf. ANDERSON, p. 35-36, p. 72).

La diligence requise dans le cas concret correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques; pour en juger, il ne faut pas se fonder sur un critère individuel mais sur un critère objectif, qui tienne compte des circonstances concrètes. Déterminer dans le cas concret si un comportement doit être qualifié de négligence relève d'un jugement de valeur et repose largement sur l'appréciation du juge (cf. arrêt TF 9C\_786/2013 du 18 décembre 2014 consid. 4.2). L'analyse du caractère diligent d'une décision de gestion doit être centrée sur le processus ayant conduit à la décision contestée. Deux critères sont à cet égard particulièrement importants. Le premier revient à se demander si les organes de l'institution disposaient des informations nécessaires et suffisantes pour prendre la décision en toute connaissance de cause. Ce critère implique de plus en plus souvent, en pratique, le recours aux conseils d'experts indépendants, capables de fournir au conseil de fondation des informations plus précises sur les paramètres à la base de la décision et les conséquences possibles de celle-ci. Cela étant, le recours aux conseils d'experts ne doit pas être interprété par les membres du conseil de fondation comme une manière

de se décharger de leurs obligations et de leurs responsabilités. Le second critère consiste à examiner si les organes ont dûment réfléchi et analysé les informations en leur possession. Cette exigence est également applicable lorsque le conseil de fondation recourt aux conseils d'experts: dans ce cas, ils doivent lire les rapports des experts avec attention, demander le cas échéant des précisions ou l'établissement de rapports plus clairs et compréhensibles et, suivant les circonstances, poser des questions complémentaires (cf. ANDERSON, p. 37-39; GULLO, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, in RSAS 2001 40, 59).

4.1.3. Les personnes chargées de la gestion de la fortune des institutions de prévoyance sont tenues de respecter un catalogue détaillé de règles au sujet des placements autorisés (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, in Bizzozero e. a. [éd.], Le mandat de gestion de fortune, 2<sup>e</sup> éd. 2017, p. 601), catalogue de règles qui figure aux art. 53 à 56a OPP2. Ces dispositions ont subi des modifications fréquentes, des modifications importantes étant intervenues avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2009 (cf. RO 2008 4651) et au 1<sup>er</sup> juillet 2014 (cf. RO 2014 1585) afin de les adapter à l'évolution des connaissances en matière de théorie financière et aux nouveaux produits financiers disponibles. Dès lors que les comportements reprochés au prévenu se situent principalement en 2009, l'examen de la présente cause devra se faire à la lumière de l'OPP2 dans la teneur entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (ci-après OPP2 2009).

Le catalogue des placements autorisés prévu à l'art. 53 al. 1 OPP2 2009 repose sur la combinaison d'une liste de cinq types d'actifs dans lesquels les institutions de prévoyance peuvent investir leur fortune et de diverses limites pour les placements dans les différentes catégories d'actifs ainsi retenus (cf. art. 54 à 56a OPP2 2009). Les limites instituées par les dispositions de l'OPP2 visent avant tout à fournir des garde-fous contre des stratégies de placement qui seraient trop agressives ou inadaptées aux particularités d'une institution de prévoyance (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 602). Il est certes généralement reconnu en théorie financière qu'il est difficile d'atteindre un rendement élevé sans prendre de risques, et qu'une diversification appropriée entre les divers types d'investissements peut aller partiellement à l'encontre d'une meilleure liquidité de la fortune (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 603), mais en matière de prévoyance professionnelle, la jurisprudence a établi de manière claire que la priorité doit être donnée au principe de sécurité des placements (cf. art. 50 al. 2 OPP2; ATF 132 II 144 consid. 2.2; ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 604). Ce principe interdit de manière générale les placements dans des investissements de nature hautement spéculative (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 609). Le principe de répartition des risques est un sous-aspect du principe général de la sécurité et ne saurait, à son instar, souffrir la moindre exception. Il est expressément consacré à l'art. 50 al. 3 OPP2 (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 609). Les recherches empiriques effectuées dans le cadre de la théorie du portefeuille ont démontré que les effets bénéfiques de la diversification deviennent réellement importants à partir d'une répartition du portefeuille sur au moins vingt positions. Bien qu'il n'existe pas de pourcentage déterminé au-delà duquel une concentration sur un investissement serait considérée comme contraire au principe de la répartition des risques, on doit néanmoins considérer comme contraire à un tel principe, sauf circonstance particulière, un investissement représentant plus de 3 à 5 % de la fortune d'une institution de prévoyance (cf. ANDERSON/MACHADO GOMES, p. 610; ANDERSON, p. 60). Un investissement de plus de 90 % des avoirs auprès d'un seul débiteur viole clairement le principe de sécurité et de diversification (cf. ATF 132 II 144 consid. 2.3 et 2.4).

## 4.2.

4.2.1. En l'espèce, quatre comportements spécifiques sont, notamment, reprochés au prévenu. S'agissant du produit structuré "*100 % Capital Guaranteed – Lehman Brothers Treasury...*", il lui est reproché de n'être pas intervenu efficacement auprès de N. \_\_\_\_\_ SA en 2009 pour faire respecter l'engagement pris de faire reprendre les titres Lehman Brothers, qui avaient perdu toute valeur, par une société du groupe de N. \_\_\_\_\_ SA à la valeur d'acquisition originelle. S'il avait été plus insistant, il aurait pu constater la vacuité des promesses de N. \_\_\_\_\_ SA et renoncer aussitôt à poursuivre les investissements dans P. \_\_\_\_\_ Ltd (ch. 2.1 de l'acte d'accusation). En lien avec l'investissement "*londonien*", il lui est fait grief de n'avoir jamais demandé à O. \_\_\_\_\_ de lui présenter le fonds, non coté en bourse, T. \_\_\_\_\_ Ltd, en documentant par pièces en quoi consistaient les sous-jacents dudit fonds, et de ne pas avoir vérifié en 2009 si l'investissement londonien effectué par ce fonds avait été effectivement remboursé à la fin de l'année 2008 conformément aux indications de O. \_\_\_\_\_ (ch. 2.2 de l'acte d'accusation). Il lui est également reproché d'avoir conclu le contrat de placement discrétionnaire du 12 mai 2009 avec N. \_\_\_\_\_ SA en violation des règles applicables, et de n'avoir jamais demandé à O. \_\_\_\_\_ de documenter de manière transparente les placements effectués dans le cadre de la gestion discrétionnaire, nonobstant les doutes émis par plusieurs intervenants en 2010 (ch. 2.3 de l'acte d'accusation). Enfin, s'agissant des avances à terme fixe, il est fait grief au prévenu d'avoir contracté l'avance à terme fixe du 21 septembre 2011, alors que les règles applicables interdisaient l'effet de levier sur la fortune des fonds de prévoyance dans le domaine de l'utilisation des produits dérivés (ch. 2.4 de l'acte d'accusation). En bref, il est principalement reproché au prévenu d'avoir laissé le gestionnaire externe procéder à des investissements préjudiciables, alors qu'il aurait dû le constater s'il avait procédé à une vérification adéquate auprès de O. \_\_\_\_\_.

4.2.2. Les faits suivants ressortent du dossier pénal. Le Fonds de prévoyance ACSMS et N. \_\_\_\_\_ SA ont conclu en mai 2009 un contrat de placement discrétionnaire (cf. DO PS 10/20448-20453). L'idée de confier un mandat de gestion discrétionnaire à N. \_\_\_\_\_ SA a été évoquée pour la première fois par O. \_\_\_\_\_ lors de la séance extraordinaire du Conseil de fondation du 12 novembre 2008, séance convoquée en raison de l'évolution des placements à la suite de la faillite de Lehman Brothers le 15 septembre 2008 (cf. DO PS 19/22015 ss, 22017; PS 34/29420 ss, 29426). Lors de cette séance, O. \_\_\_\_\_ a fait une promesse, à savoir que N. \_\_\_\_\_ SA reprenait à sa charge la garantie du capital perdue par les titres Lehman Brothers de sorte qu'il n'y aurait pas de perte pour le Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 34/29424 et PS 19/22017), et une suggestion, à savoir qu'au vu des bonnes performances réalisées par N. \_\_\_\_\_ SA, celle-ci proposait nouvellement la conclusion d'un mandat de gestion discrétionnaire avec une garantie du capital de 100 %, un rendement annuel de 6 %, un rendement supplémentaire dans une proportion à discuter, et des frais inclus dans la performance (cf. DO PS 34/29425-49427 et PS 19/22017-22018). Il est à noter que, dans ce contexte, O. \_\_\_\_\_ a précisé que N. \_\_\_\_\_ SA allait cesser son activité de conseiller en placement et que, si le Fonds de prévoyance ACSMS ne souhaitait pas lui confier une gestion discrétionnaire, il devrait s'assurer les services d'un autre conseiller en placement (cf. DO PS 19/22018). En lien avec la promesse d'une garantie du capital de 100 %, la Cour de céans relève par ailleurs qu'au vu de la déconvenue que le Fonds de prévoyance ACSMS venait de subir en lien avec les titres Lehman Brothers, qui étaient justement des produits "*à capital garanti*" émis par cet établissement, la prudence aurait voulu que les membres du Conseil de fondation se méfient d'une promesse d'une telle garantie dès lors qu'elle n'avait pas empêché les investisseurs de perdre leurs avoirs lors de la faillite de l'émetteur du titre. En effet, les produits structurés à capital garanti offrent

certes la possibilité d'investir indirectement dans un ou plusieurs sous-jacents tout en s'assurant que le capital sera remboursé à l'échéance, mais l'investisseur supporte le risque de contrepartie, à savoir le risque d'insolvabilité de l'émetteur (cf. BÉGUIN/RICHA, *in* Bizzozero e. a. [éd.], *Le mandat de gestion de fortune*, 2<sup>e</sup> éd. 2017, p. 26), risque qui venait de se réaliser en ce qui concerne les titres Lehman Brothers. Venant d'apprendre à leurs frais que de tels produits comportaient un risque de perte du capital même lorsque l'émetteur est un établissement de renommée mondiale, les membres du Conseil de fondation se devaient de redoubler de prudence s'agissant d'un émetteur moins prestigieux.

Lors de sa séance du 9 décembre 2008, le Conseil de fondation a néanmoins pris la décision de principe de donner suite à la proposition de N. \_\_\_\_\_ SA qui venait de lui être présentée par O. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 19/21999-22001). A cette occasion, celui-ci a d'abord précisé que "*le total des montants investis sont bloqués sur un seul partenaire*", mais après l'intervention de l'expert en prévoyance professionnelle qui a attiré l'attention des membres du Conseil de fondation sur le fait que, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, un maximum de 10 % des placements pourraient être placés auprès d'un même débiteur, il a indiqué que "*les placements se feront sous forme de différents types d'actifs [...] Il faut retenir que N. \_\_\_\_\_ SA n'apparaîtra pas comme débiteur des investissements; il assurera un mandat de gestion discrétionnaire*" (cf. DO PS 19/22000). Ce virage à 180 degrés dans les explications du gestionnaire devait à tout le moins interpeller les membres du Conseil de fondation, mais il n'apparaît pas que tel aurait été le cas. Lors de la séance du 17 mars 2009, les membres du Conseil de fondation présents ont décidé à l'unanimité de confier la gestion de CHF 30'000'000.- à N. \_\_\_\_\_ SA (cf. DO PS 22/23645). Le contrat lui-même a été soumis aux membres du Conseil de fondation lors de la séance du 21 avril 2009 (cf. DO PS 22/23606). Au moment de l'analyser, certains membres dudit conseil ont eu l'intuition que les placements projetés pourraient s'avérer problématiques. Y. \_\_\_\_\_ a ainsi relevé que le contenu du contrat suscitait "*à la base quelques inquiétudes*" (cf. DO PS 15/21298). Z. \_\_\_\_\_ s'est inquiétée du fait que la rémunération de N. \_\_\_\_\_ SA ne commençait qu'à partir de 10 % de performance et souhaitait savoir ce qu'il en était pour les rendements inférieurs (cf. DO PS 15/21302). AA. \_\_\_\_\_ a relevé qu'il manquait un renvoi explicite aux dispositions légales de la LPP concernant les règles de placement. Il a également ajouté que "*au fond, il ne s'agit, de toute façon et finalement, que d'une question de confiance, que l'on ne peut pas assurer à 100 % en cas de faillite non souhaitée de N. \_\_\_\_\_ SA*" (cf. DO PS 15/21303). Enfin, AB. \_\_\_\_\_ s'est inquiétée de risques inhérents aux placements projetés, notamment en ce qui concerne les instruments dérivés et a souhaité "*recevoir l'assurance que l'art. 56a OPP2 soit intégralement respecté*" (cf. DO PS 15/21312). Cela étant, ces remarques ont été balayées lors de la séance de la Commission de placement du 29 avril 2009 (cf. DO 6a/9076-9077), A. \_\_\_\_\_ relevant que les points soulevés dans les deux mails de AA. \_\_\_\_\_ et de AB. \_\_\_\_\_ "*font déjà partie du contenu du contrat à signer*", ajoutant que "*plus il y aura de normes et de restrictions dans ce contrat, plus il va en résulter des contraintes pour la réalisation de placements permettant d'atteindre les rendements souhaités*". Quant à E. \_\_\_\_\_, il a souligné "*qu'il est nécessaire, tout en respectant la réglementation du fonds, d'assumer un certain risque au niveau des placements si l'on veut atteindre les objectifs intéressants de rentabilité tels que souhaités. Il faut retenir que N. \_\_\_\_\_ SA travaille sur une base de placements financiers de l'ordre de CHF 50'000'000.-, avec des rendements futurs qui ne peuvent probablement pas être atteints par d'autres institutions financières ou bancaires. Il fait remarquer que N. \_\_\_\_\_ SA peut mettre fin au projet du mandat tel qu'il est actuellement discuté, vu les contraintes juridiques qui sont citées dans les mails susmentionnés. Il faut également relever qu'à la base il ne sera pas facturé de frais de gestion de la part de N. \_\_\_\_\_ SA*". A l'issue de cette discussion, les membres de la Commission de

placement ont décidé de signer le contrat de placement discrétionnaire dès que la version finale – "avec des compléments et ajustements sur la base des discussions de ce jour" – aura été transmise par N.\_\_\_\_\_ SA.

4.2.3. L'investissement dans les fonds de P.\_\_\_\_\_ Ltd avait commencé sans attendre la signature du contrat de gestion discrétionnaire (pour l'ensemble des montants investis, cf. aussi les annexes à l'acte d'accusation, DO 6c/10061 et 10062). En effet, en date du 11 avril 2008, le Fonds de prévoyance ACSMS a acquis 50'000 parts du fonds T.\_\_\_\_\_ (T.\_\_\_\_\_; PS 34/29432) pour une contre-valeur de CHF 5'020'000.- par l'intermédiaire de V.\_\_\_\_\_ (cf. DO 16/16221 et DO PS 50/32943). Une opération analogue par l'intermédiaire de W.\_\_\_\_\_, effectuée le 7 mars 2008 par le versement d'un montant de CHF 5'000'000.- directement à T.\_\_\_\_\_ (cf. DO 15/15360, 15508), a abouti, après une souscription directe signée par D.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ en qualité respectivement de Président et de Vice-président du Conseil de fondation (cf. DO PS 15/21644-21646), à l'acquisition de 50'000 parts supplémentaires de ce fonds en 2009 (cf. DO 15/15477-15478, 15483, PS 15/21708 et 21712, PS 50/32963).

D'autres opérations ont eu lieu en janvier et en mai 2009, pour un montant total de EUR 7'349'935.- (cf. DO 16/16198-16199, 16041). Après la signature du contrat de gestion discrétionnaire, soit dès le mois de juin 2009 et jusqu'en octobre 2012, les avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS ont été successivement investis dans des émissions de parts des fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd, pour un investissement total de CHF 56'387'182.- environ (avec un taux de conversion EUR-CHF moyen de 1.50), et une valeur (théorique) de CHF 23'344'159.- auprès de W.\_\_\_\_\_ en juillet 2014 (cf. DO 15/15505) et de CHF 44'513'615.- auprès de V.\_\_\_\_\_ en mai 2014 (cf. DO 16/16123):

Montants investis		Date valeur	Nombre de parts (si connu)	Fonds	Référence dossier
CHF	EUR				
5'000'000		07.03.2008	50'000	T._____	DO 15/15360, 15508, 15483
5'020'000		11.04.2008	50'000	T._____	DO 16/16221
<b>10'020'000</b>		<b>Total 2008</b>			
	1'656'514	21.01.2009	14'972	Q._____	DO 16/16198, 16247
	1'325'230	21.01.2009	11'968	S._____	DO 16/16198, 16245
	351'745	22.01.2009	3'176	Q._____	DO 16/16199, 16248
	4'015'935	07.05.2009	34'293	Q._____	DO 16/16041
	2'512'515	03.07.2009		S._____	DO 15/15381, 15577
	201'565	03.07.2009		S._____	DO 15/15381, 15578
4'518'000		10.08.2009	45'000	U._____	DO 16/16082
1'671'823		17.08.2009		U._____	DO 15/15362, 15579
<b>6'189'823</b>	<b>10'063'504</b>	<b>Total 2009</b>			
1'809'106		25.01.2010		U._____	DO 15/15364, 15581
303'555		25.01.2010		S._____	DO 15/15364, 15580
5'923'565		27.01.2010	53'105	U._____	DO 16/16083
	743'773	08.02.2010		S._____	DO 15/15383, 15584
191'893		16.03.2010		U._____	DO 15/15364, 15585



Montants investis		Date valeur	Nombre de parts (si connu)	Fonds	Référence dossier
CHF	EUR				
568'099		12.05.2010		S. _____	DO 15/15365, 15590
2'509'952		23.06.2010	20'826	U. _____	DO 16/16083
201'973		31.08.2010		T. _____	DO 15/15365, 15591
998'187		03.11.2010		S. _____	DO 15/15366, 15594
<b>12'506'330</b>	<b>743'773</b>	<b>Total 2010</b>			
	2'178'680	20.01.2011	16'701	S. _____	DO 16/16042
503'641		20.01.2011	4'154	T. _____	DO 16/16084
503'746		26.01.2011	3'789	U. _____	DO 16/16084
704'288		27.04.2011		U. _____	DO 15/15367, 15597
	121'207	27.04.2011		S. _____	DO 15/15388, 15598
151'586		11.05.2011		U. _____	DO 15/15367, 15599
453'653		26.08.2011	3'321	U. _____	DO 15/15368, 15602, 15606
201'991		30.08.2011		T. _____	DO 15/15368, 15603
	90'970	30.08.2011		Q. _____	DO 15/15389, 15604
	196'829	30.08.2011		S. _____	DO 15/15389, 15390, 15605
170'752		13.09.2011	1'197	Q. _____	DO 16/16084
3'011'883		14.09.2011	22'141	U. _____	DO 16/16085
668'171		22.09.2011	4'002	S. _____	DO 16/16085
<b>6'369'711</b>	<b>2'587'686</b>	<b>Total 2011</b>			
201'997		03.07.2012		U. _____	DO 15/15369, 15607
201'985		11.10.2012		T. _____	DO 15/15370, 15608
804'892		11.10.2012		U. _____	DO 15/15370, 15609
<b>1'208'874</b>		<b>Total 2012</b>			

Selon les documents bancaires à disposition de la Cour de céans, pendant l'ensemble de cette période, un seul rachat de parts de fonds de placement a été effectué, à savoir 180 parts S. \_\_\_\_\_ pour une valeur de CHF 29'964.-, le 8 février 2012 (cf. DO 15/15369).

4.2.4. Lors de la séance du Conseil de fondation du 21 avril 2009, avant même la signature du contrat de placement discrétionnaire, une analyse de patrimoine au 31 mars 2009 a été remise aux participants par O. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 22/23606 et DO PS 34/29346 ss). Ce document contient en particulier la liste des placements financiers effectués pour le Fonds de prévoyance ACSMS, qui mentionne un investissement de CHF 10'633'000.- dans le fonds T. \_\_\_\_\_, de CHF 2'001'309.- dans le fonds S. \_\_\_\_\_, et de CHF 3'032'400.- dans le fonds Q. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 34/29360), ce qui représente un total de 41.34 % de tous les investissements financiers. Or, cet état de fait n'a suscité aucune question de la part des membres du Conseil de fondation, alors même que tous ces investissements figuraient dans la rubrique "*hedge funds*", pour lesquels l'art. 53 al. 2, en lien avec l'art. 53 al. 1 let. e OPP2 2009, prévoit que les placements alternatifs tels que les fonds spéculatifs ne sont autorisés que sous la forme de placements collectifs diversifiés, alors que l'art. 55 let. d OPP2 2009 prévoit que 15 % au maximum de la fortune globale du fonds de prévoyance peut être placé dans les placements alternatifs. En outre,

six mois plus tard, dans l'analyse de patrimoine au 30 septembre 2009, les mêmes fonds figurent dans les rubriques "*actions*" pour le fonds S.\_\_\_\_\_, "*hedge funds*" pour le fonds Q.\_\_\_\_\_, et "*autres/fonds de placement immobilier*" pour T.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 34/29310-29312 et DO PS 23/24212-2424214), pour un total de 81.63 % des placements financiers, sans que ce changement de classification ne suscite la moindre question de la part des membres du Conseil de fondation (cf. DO PS 23/24178-24179). Par ailleurs, interrogé au sujet de ces investissements, le prévenu a notamment expliqué que "*le conseil de fondation n'a jamais regardé la nomenclature propre sur les relevés bancaires. C'est plutôt les propositions et les dires de M. O.\_\_\_\_\_ sur lesquels s'appuyait le conseil de fondation*" (cf. DO 2a/300005).

Lorsque l'on sait que les actifs du Fonds de prévoyance ACSMS se montaient à CHF 46'664'979.- au 31 décembre 2008 (cf. DO PS 1-9/20173), à CHF 58'468'409.- au 31 décembre 2009 (cf. DO PS 1-9/20133), à CHF 64'125'662.- au 31 décembre 2010 (cf. DO PS 1-9/20092), à CHF 76'506'248.- au 31 décembre 2011 (cf. DO PS 1-9/20048), et à CHF 81'796'583.- au 31 décembre 2012 (cf. DO PS 1-9/20004), les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd. représentaient respectivement 58 % en 2009, 75.9 % en 2010, 81.35 % en 2011 et 81.25 % en 2012 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 1-9/20158, 20117-20118, 20078 et 20034). Cette concentration importante des investissements en mains d'un seul débiteur, P.\_\_\_\_\_ Ltd, ne pouvait qu'entrer en conflit avec le principe de répartition appropriée des risques tel que prévu par l'art. 71 al. 1 LPP et l'art. 50 al. 3 OPP2 et les exigences relevées à cet égard par la réglementation, la doctrine et la jurisprudence. Les investissements effectués auprès de P.\_\_\_\_\_ Ltd auraient par conséquent dû soulever de nombreuses questions de la part des membres du Conseil de fondation, et ce dès 2009. En effet, l'art. 56 OPP2 2009 permet certes aux institutions de prévoyance de recourir à des placements collectifs, mais à des conditions particulières. L'art. 56 al. 3 OPP2 2009 exige en particulier que les placements directs compris dans les placements collectifs doivent être pris en compte lors du calcul des limites de placement par débiteur (10 % de la fortune globale; art. 54 OPP2), par société (5 % de la fortune globale; art. 54a OPP2), et par objet immobilier (5 % de la fortune globale; art. 54b OPP2), les limites de placement étant respectées lorsque les placements directs compris dans les placements collectifs sont diversifiés de façon appropriée ou que la participation à un placement collectif est inférieure à 5 % de la fortune totale de l'institution de prévoyance (cf. art. 56 al. 3 let. a et b OPP2). En outre, l'institution de prévoyance peut participer à des placements collectifs pour autant que les valeurs de la fortune puissent être retirées au profit de l'investisseur en cas de faillite du placement collectif (cf. art. 56 al. 2 let. c OPP2).

Lors de la séance du Conseil de fondation du 1<sup>er</sup> décembre 2009, la question du dépassement des limites de placement instituées par l'OPP2 2009 a été abordée par O.\_\_\_\_\_, "*certaines dépassements étant d'ores et déjà constatés*" (cf. DO PS 23/24178). A.\_\_\_\_\_ a alors indiqué ce qui suit: "*Les limites de placement OPP2 doivent être appliquées telles quelles, pour autant que l'institution de prévoyance n'a pas fixé d'autres références à ce sujet dans son règlement de placement. Le Conseil de fondation peut étendre ces limites légales en prouvant que l'opération ne compromet pas la sécurité de la réalisation du but du fonds et que les éventuels dépassements soient commentés dans l'annexe aux comptes annuels*" (cf. DO PS 23/24179). De même, lors du Conseil de fondation du 21 avril 2010, A.\_\_\_\_\_ a relevé que certaines limites de placement étaient dépassées, "*tout en retenant que pour ces placements des rendements favorables sont assurés*". Le Conseil a pris note des dépassements de limites et du fait que ces dépassements seront mentionnés dans l'annexe aux comptes du Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 23/24017).

4.2.5. Lorsqu'une institution de prévoyance confie le mandat de gestion à l'extérieur, le devoir de diligence s'applique au choix et à la surveillance du mandataire, le conseil de fondation ne pouvant s'exonérer de sa responsabilité dans le cadre de la définition et de la mise en œuvre de la stratégie de placement par le recours à des professionnels externes (cf. ANDERSON, p. 44).

Compte tenu de ce qui précède, la Cour de céans ne peut que s'étonner de la passivité et du manque de curiosité de l'ensemble des membres du Conseil de fondation, mais plus particulièrement de A.\_\_\_\_\_, de 2008 à 2012. Alors que les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd. représentaient respectivement 58 % en 2009, 75.9 % en 2010, 81.35 % en 2011 et 81.25 % en 2012 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS, cette situation n'a suscité que très peu de questions de la part des membres du Conseil de fondation et aucune mesure concrète afin d'y remédier n'a été ni discutée, ni adoptée.

A la lumière des principes qui ont été développés par la jurisprudence, force est de constater que la surveillance que les membres du Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS, et plus particulièrement le prévenu A.\_\_\_\_\_, ont exercé sur l'activité de gestionnaire effectuée par N.\_\_\_\_\_ SA, était insuffisante voire inexistante. Dans ces conditions, la violation des règles de placement et des règles de prudence d'une bonne gestion est avérée.

4.3. L'infraction de gestion déloyale suppose un préjudice patrimonial. Un tel préjudice peut consister en une atteinte effective par diminution des actifs, augmentation des passifs, non-diminution des passifs ou non-augmentation des actifs. Un préjudice existe également lorsque le patrimoine est mis en danger dans une mesure telle que sa valeur économique s'en trouve diminuée. Tel est le cas lorsque l'établissement rigoureux du bilan suppose que l'on tienne compte de cette mise en danger, que ce soit en corrigeant les valeurs ou en créant des provisions.

Il doit en outre y avoir rapport de causalité entre la violation du devoir de fidélité et le préjudice patrimonial (cf. ATF 142 IV 346 consid. 3.2). Un fait est la cause naturelle d'un résultat dommageable s'il en constitue une des conditions *sine qua non*; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. Il y a par ailleurs causalité adéquate lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (cf. ATF 143 III 242 consid. 3.7). En cas d'omission d'agir, le rapport de causalité doit s'apprécier à la lumière du résultat qui aurait pu intervenir s'il n'y avait pas eu une telle omission. Il s'agit d'un rapport de causalité hypothétique qui doit s'apprécier selon la probabilité prépondérante, eu égard à l'expérience de la vie et au cours ordinaire des choses. L'appréciation du juge doit s'effectuer ici sur la base de la causalité naturelle (cf. ATF 141 V 51 consid. 8.1).

4.3.1. En ce qui concerne le dommage, il y a lieu de se référer à la décision du 20 février 2015 de l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations prononçant la mise en liquidation du Fonds de prévoyance ACSMS dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (cf. DO 6a/9266-9268). L'autorité de surveillance y relève que le résultat net des placements présente pour l'année 2013 une perte de CHF 5'463'736.-, due principalement à la dépréciation des valeurs P.\_\_\_\_\_ Ltd. Il ajoute qu'à fin 2013, le degré de couverture s'est établi à 9.83 %, de sorte que l'institution de prévoyance était insolvable et ne pouvait plus fournir les prestations légales et réglementaires dues.

4.3.2. Le lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement reproché et le dommage est établi dès lors que c'est en raison du placement d'une grande partie de la fortune du Fonds de prévoyance ACSMS dans des titres P.\_\_\_\_\_ Ltd, toléré par les membres du Conseil de

fondation en violation des prescriptions de répartition des risques de l'art. 50 al. 3 OPP2, que le résultat net des placements a présenté, pour l'année 2013, une perte de CHF 51'463'736.- (cf. DO 6a/9266-9268), ce qui a conduit à la liquidation de l'institution de prévoyance. Dans ce contexte, force est de constater qu'une intervention du prévenu en temps utile, soit le 21 avril 2009 déjà, à la lecture de l'analyse de patrimoine au 31 mars 2009 qui avait été remise aux participants à la séance par O.\_\_\_\_\_, (cf. DO PS 22/23606 et DO PS 34/29346 ss), document qui mentionne un investissement de CHF 10'633'000.- dans le fonds T.\_\_\_\_\_, de CHF 2'001'309.- dans le fonds S.\_\_\_\_\_, et de CHF 3'032'400.- dans le fonds Q.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 34/29360), ce qui représente un total de 41.34 % de tous les investissements financiers, aurait permis, à tout le moins, au Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS de s'interroger sur l'opportunité d'effectuer de nouveaux investissements dans des fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd, voire d'y renoncer pour ne pas aggraver encore sa situation déjà précaire (cf. consid. 4.2.3 ci-avant).

#### 4.4.

4.4.1. Subjectivement, l'infraction de gestion déloyale suppose une intention, qui doit porter tant sur l'action ou l'omission contraires aux devoirs que sur l'atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui et sur le lien de causalité existant entre le comportement qui viole les devoirs et le dommage. Le dol éventuel suffit. La preuve de son existence est soumise à des exigences élevées, car l'élément objectif que constitue la violation des devoirs est relativement flou (cf. ATF 142 IV 346 consid. 3.2). La délimitation entre dol éventuel (art. 12 al. 2<sup>e</sup> phrase CP) et négligence consciente (art. 12 al. 3 CP) peut se révéler délicate. L'un et l'autre supposent en effet que l'auteur connaisse la possibilité ou le risque que l'état de fait punissable se réalise. Il n'y a que négligence lorsque l'auteur, par une imprévoyance coupable, agit en supputant que le résultat qu'il considère comme possible ne surviendra pas. Il y a en revanche dol éventuel lorsque l'auteur tient pour possible la réalisation de l'infraction et s'en accommode au cas où celle-ci se produirait (cf. ATF 134 IV 26 consid. 3.2.2 et 3.2.4; arrêt TF 6B\_796/2013 du 30 juin 2014 consid. 2.2). Celui qui s'accommode à ce point du résultat le "veut" au sens de l'art. 12 al. 1 CP. Il n'est pas nécessaire que l'auteur "approuve" le résultat (cf. ATF 133 IV 1 consid. 4.1). Le juge doit se fonder sur les circonstances du cas d'espèce pour déterminer si l'auteur s'est accommodé de la réalisation de l'état de fait. Font partie de ces circonstances l'importance du risque, connu de l'auteur, de réalisation de l'état de fait, la gravité de sa violation du devoir de diligence, ses mobiles et sa façon d'agir. Plus la probabilité de la réalisation de l'état de fait est importante et plus la violation du devoir de diligence est grave, plus on sera porté à conclure que l'auteur s'est accommodé de la réalisation de l'état de fait. De la conscience de l'auteur, le juge peut déduire sa volonté, lorsque la probabilité de la survenance du résultat s'imposait tellement à lui que sa disposition à en accepter les conséquences ne peut raisonnablement être interprétée que comme son acceptation (cf. ATF 133 IV 1 consid. 4.1).

S'il est manifeste que celui qui a la qualité d'organe, de collaborateur ou de dirigeant effectif encourt une responsabilité pénale lorsqu'il commet par action l'infraction perpétrée dans la gestion de la personne morale ou de la société, la question est plus délicate lorsqu'on ne peut lui reprocher qu'une omission à cet égard, en particulier de ne pas s'être opposé, ni d'avoir remédié, aux carences ou actions délictueuses des autres personnes de la société. Pour déterminer si et dans quelle mesure une telle inactivité doit être sanctionnée, la jurisprudence s'est inspirée de la notion de délit par omission improprement dit, selon laquelle les éléments constitutifs d'une infraction par action peuvent être réalisés par omission si l'auteur se trouve dans une position de garant, à savoir s'il a, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'un rapport de confiance spécial, une obligation qualifiée d'agir. Le Tribunal fédéral a toutefois quelque peu restreint la position de garant

dans le domaine de la gestion d'une personne morale ou d'une société. Il a considéré à cet égard que la seule obligation, imposée à un dirigeant par le droit civil, de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, n'autorise pas à le rechercher pénalement pour chaque infraction qu'il lui aurait été possible de prévoir et d'empêcher s'il avait procédé à une surveillance appropriée. Seul est pénalement responsable le dirigeant qui a connaissance de l'infraction, ou qui prévoit qu'elle va être commise, et qui n'empêche pas sa survenance ou son résultat dans la mesure de ses moyens, parce qu'il veut ce résultat ou du moins qu'il l'accepte pour le cas où il se produirait (cf. arrêt TF 6S.448/2001 du 28 novembre 2001 consid. 5b ; ATF 105 IV 172 consid. 4b).

4.4.2. En l'espèce, le Tribunal pénal économique a retenu que le prévenu n'avait pas connaissance du caractère frauduleux des agissements de O.\_\_\_\_\_, qui procédait à des investissements tels qu'ils conduisaient à la dilapidation des actifs sous gestion. Il en a conclu que, dès lors qu'il ignorait la situation effective des placements réalisés par N.\_\_\_\_\_ SA, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir agi de manière à empêcher la réalisation des activités illicites du gestionnaire externe, la seule éventuelle passivité ne suffisant pas à engager sa responsabilité pénale. Or, il découle de l'analyse effectuée ci-avant qu'il importe peu de savoir dans quelle mesure O.\_\_\_\_\_ aurait utilisé les fonds en trompant ses interlocuteurs sur la véritable nature des investissements effectués en définitive par P.\_\_\_\_\_ Ltd. En effet, le reproche qui doit être fait à A.\_\_\_\_\_ et aux membres du Conseil de fondation se limite à constater qu'ils ont toléré que la quasi-totalité des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS soient investis auprès de P.\_\_\_\_\_ Ltd, en violation des règles sur la répartition des risques et sur la nécessité de ne pas confier l'ensemble des avoirs à un seul débiteur (cf. art. 71 al. 1 LPP, ainsi que art. 50 al. 3 et 54 OPP2; ATF 132 II 144 consid. 2.3 et 2.4). Ils ont de la sorte négligé les règles élémentaires de prudence et de répartition des risques.

La seule passivité de A.\_\_\_\_\_ – et des autres membres du Conseil de fondation – ne suffit cependant pas pour engager sa responsabilité pénale. Il faudrait pour cela qu'il ait eu connaissance de l'infraction ou prévu qu'elle serait commise, et, sachant ou prévoyant cela, omis de procéder à la surveillance du gestionnaire externe. Or, il ressort du dossier que le prévenu n'avait pas connaissance de la structure de P.\_\_\_\_\_ Ltd et ignorait que les fonds Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ n'étaient que les actions sans droit de vote d'une seule et même société. Lors de son audition par-devant la Cour de céans, il a ainsi expliqué : « *Nous avons très peu d'informations au sujet de P.\_\_\_\_\_ Ltd. Donc ma connaissance et celle du conseil de fondation était très limitée, quasi inexistante à cet égard* » (cf. p.-v. du 5 juin 2019 p. 10). Le prévenu n'avait par conséquent pas non plus pris conscience du fait que tous les avoirs investis dans ces fonds relevaient du même débiteur, à savoir P.\_\_\_\_\_ Ltd, de sorte qu'il fallait les additionner pour déterminer si les limites légales étaient dépassées. Il ne pouvait dès lors non plus avoir connaissance du risque démesuré que le Fonds de prévoyance ACSMS avait pris en acquérant les titres de ces fonds.

On pourrait certes rétorquer qu'il appartenait au prévenu de pallier ce manque d'information. Or, il découle du dossier que les membres du Conseil de fondation, dans l'accomplissement de leurs attributions, se tenaient informés des activités de gestion sur la base des renseignements et des documents qui leur étaient soumis. O.\_\_\_\_\_ participait ainsi régulièrement aux séances du Conseil de fondation afin de présenter l'état des placements (cf. DO PS 22/23417 et 23424, DO PS 23/24177 et 24178-24179, 23889 et 23894-23895, DO PS 37/30571 et 30572-30573, DO PS 38/30887 et 303088-30890, 30773 et 30774-30775), et commenter les documents remis aux participants (cf. DO PS 22/23485-23489, DO PS 23/24188-24215, 23923-23945, DO PS 38/

30762-3030772). En sus des informations fournies par O. \_\_\_\_\_ lui-même, les membres du Conseil de fondation disposaient encore d'autres sources d'information afin d'exercer leur devoir de surveillance du gestionnaire externe.

4.4.3. Les membres du Conseil de fondation avaient ainsi accès aux relevés bancaires relatifs aux placements des avoires du Fonds de prévoyance ACSMS, en particulier les relevés de titres auprès de V. \_\_\_\_\_ (cf. DO 16/16094-16124) et de W. \_\_\_\_\_ (cf. DO 15/15475-16506), et ils faisaient confiance à ces établissements bancaires comme l'a exposé le prévenu à la Cour de céans après avoir expliqué que l'ensemble du Conseil de fondation avait estimé que les normes de l'OPP2 étaient respectées *« surtout au vu des différents documents bancaires qui confirmaient que les données étaient exactes »* (cf. p.-v. du 5 juin 2019 p. 10). Or, en ce qui concerne V. \_\_\_\_\_, il ressort de l'arrêt B-645/2016 du 17 septembre 2018 du Tribunal administratif fédéral que cet établissement bancaire *« aurait dû également se pencher sur le risque de perte – qui s'est réalisé en fin de compte – auquel l'exposait la concentration des investissements de la Fondation dans quatre fonds de placement créés par la même société. [...] Rien dans le dossier n'indique que cette concentration et le risque en découlant aient été découverts et examinés par la banque. [...] Ce n'est qu'ultérieurement, dans le processus d'audit interne entrepris après que P. \_\_\_\_\_ Ltd se soit montrée incapable de rembourser les placements de la Fondation, que ces fonds ont été examinés et jugés d'une grande opacité »* (cf. arrêt TAF B-645/2016 du 17 septembre 2018 consid. 3.2.2.1). V. \_\_\_\_\_ n'avait certes *« pas le devoir de contrôler si les décisions d'investissement de la Fondation étaient conformes aux obligations auxquelles celle-ci était soumise, ni celui de la conseiller dans ses décisions d'allocation d'actifs et lui indiquer si elles étaient judicieuses »* (cf. arrêt TAF B-645/2016 du 17 septembre 2018 consid. 3.2.2.3), mais on relèvera néanmoins que, dans la mesure où cette banque n'a pas procédé aux contrôles qui lui incombaient, la confiance que les membres du Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS plaçaient dans les relevés bancaires de cet établissement était, à leur insu, mal placée.

S'agissant des relevés bancaires de V. \_\_\_\_\_, ils mentionnent les parts T. \_\_\_\_\_ en qualité de fonds obligataires, et les parts U. \_\_\_\_\_, S. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_ en qualité de fonds alternatifs pour 2009 (cf. DO 16/16096-16097) et 2010 (cf. DO 16/16101-16102). Dès 2011 en revanche, les parts T. \_\_\_\_\_ figurent toujours en qualité de fonds obligataires, mais les autres parts sont classées en qualité de fonds immobilier pour U. \_\_\_\_\_, fonds en actions pour S. \_\_\_\_\_ et fonds alternatif pour Q. \_\_\_\_\_ (cf. DO 16/16106, 16110, 16114 et 16121-16122), sans que cette modification de classement ne soit commentée par l'établissement bancaire. Quant aux relevés de W. \_\_\_\_\_, ils font figurer tous les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd dans la catégorie des investissements alternatifs, et cela de 2009 à 2014 (cf. DO 15/15483-15484, 15489, 15493, 15497, 15501 et 15505).

4.4.4. Il convient par ailleurs de relever que les membres du Conseil de fondation s'appuyaient également sur les appréciations de l'organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS. Ainsi, lors de la séance du Conseil de fondation du 1<sup>er</sup> décembre 2009, alors que certains participants s'inquiétaient du respect des limites prévues par l'OPP2, l'expert en prévoyance professionnelle a indiqué *« qu'il faudra également prendre en compte les considérations qui seront émises par l'organe de contrôle lors de l'audit des comptes 2009. Ce dernier va constater la situation réelle par rapport aux normes légales et réglementaires ; il formulera éventuellement des remarques dans son rapport par rapport aux dépassements relevés »* (cf. DO PS 23/24179).

Or, dans son rapport du 10 mai 2010 pour l'exercice 2009, l'organe de contrôle a relevé, pour chacun des fonds P. \_\_\_\_\_ un dépassement de la limite de 10 % de la fortune globale par

débiteur, soit 19.5 % pour le fonds T.\_\_\_\_\_, 11.7 % pour le fonds U.\_\_\_\_\_, 11.1 % pour le fonds S.\_\_\_\_\_ et 15.7 % pour le fonds Q.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20158). Il a en outre attiré l'attention des membres du Conseil de fondation sur ce dépassement des limites, mais n'a pas émis de réserve (cf. DO PS 23/23892, DO PS 1-9/20132). Ce point n'a pas suscité de questions et les comptes ont été approuvés à l'unanimité (cf. DO PS 23/23893). Dans son rapport du 23 août 2011 pour l'exercice 2010, l'organe de contrôle a choisi une autre classification, et relève plusieurs dépassements de limites, à savoir que le fonds T.\_\_\_\_\_, avec 19.1 %, dépasse la limite de 10 % par débiteur, que le fonds S.\_\_\_\_\_, avec 13.2 %, dépasse celle de 5 % par participation, que le fonds U.\_\_\_\_\_, avec 31.6 % dépasse la limite de 5 % par objet immobilier. Seul le fonds Q.\_\_\_\_\_, avec 12.0 % reste en-deçà de la limite de 15 % pour les placements alternatifs (cf. DO PS 1-9/20118). L'attention des membres du Conseil de fondation a à nouveau été attirée sur le fait que les limites de placement dépassent les normes de l'OPP2 (cf. DO PS 37/30497), mais aucune réserve formelle n'a été émise (cf. DO PS 1-9/20091). Le rapport de l'organe de contrôle du 28 juin 2012 pour l'exercice 2011 reprend la même classification, signale des dépassements de limites similaires (cf. DO PS 1-9/20078), et n'apporte à nouveau aucune réserve (cf. DO PS 1-9/20047).

Pour aucun des exercices comptables en cause, l'organe de contrôle n'a par ailleurs attiré l'attention du Conseil de fondation sur le fait que P.\_\_\_\_\_ Ltd est un fonds de placement professionnel selon la législation des Îles Vierges Britanniques, destiné à des investisseurs institutionnels et spécialement qualifiés (cf. DO 7/12328), dont les actions sans droit de vote ont été réparties en différentes catégories (cf. DO PS 45/32520-32521), à savoir Q.\_\_\_\_\_ (actions de classe "B", Q.\_\_\_\_\_; cf. DO 13/17822), R.\_\_\_\_\_ (action de classe "C", R.\_\_\_\_\_; cf. DO 13/14824), S.\_\_\_\_\_ (actions de classe "D", S.\_\_\_\_\_; cf. DO 13/14825), T.\_\_\_\_\_ (actions de classe "E", T.\_\_\_\_\_; cf. DO PS 50/32943), et U.\_\_\_\_\_ (actions de classe "F", U.\_\_\_\_\_; cf. DO 13/14827) et dont O.\_\_\_\_\_ est administrateur (cf. DO 13/14862) et seul détenteur des actions avec droit de vote (cf. DO 13/14863). L'organe de contrôle ne procède pas non plus à l'addition de tous les investissements effectués dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd, qui aurait permis au Conseil de fondation de réaliser que les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd. représentaient respectivement 58 % en 2009, 75.9 % en 2010, et 81.35 % en 2011 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 1-9/20158, 20117-20118 et 20078).

Le rapport de l'organe de contrôle du 21 juin 2013 pour l'exercice 2012 maintient la même classification et signale les mêmes dépassements de limites, à savoir que le fonds T.\_\_\_\_\_, avec 16.92 %, dépasse la limite de 10 % par débiteur, que le fonds S.\_\_\_\_\_, avec 16.49 %, dépasse celle de 5 % par participation, que le fonds U.\_\_\_\_\_, avec 38.21 % dépasse la limite de 5 % par objet immobilier, le fonds Q.\_\_\_\_\_, avec 9.63 % restant en-deçà de la limite de 15 % pour les placements alternatifs (cf. DO PS 1-9/20034). L'organe de révision apporte cependant une réserve formelle, tout en recommandant l'approbation des comptes: "*Malgré le fait que votre règlement de placement vous le permette, nous attirons votre attention sur le fait que certaines limites de placement selon les art. 54 et 55 OPP2 sont dépassées au 31 décembre 2012*" (cf. DO PS 1-9/20002 et 20003). On rappellera à cet égard que, dans son rapport d'expertise technique pour l'exercice 2010 du 25 novembre 2011 (cf. DO PS 60/36407-36447), l'expert I.\_\_\_\_\_ SA avait recommandé au Fonds de prévoyance ACSMS "*d'examiner, ou faire examiner, différents points en relation avec les placements, notamment le respect des alinéas 1 à 3 de l'art. 50 OPP2 [...] Une appréciation externe du rendement attendu des placements nous semblerait également utile à l'évaluation de l'horizon d'assainissement*" (cf. DO PS 60/36446 et 36406). De plus, en mai 2012, I.\_\_\_\_\_ SA avait demandé à rencontrer O.\_\_\_\_\_ et, cette

rencontre (cf. DO PS 42/32108) et la correspondance ultérieure n'ayant pas permis de clarifier la situation de placements effectués pour le Fonds de prévoyance ACSMS, cet expert a mis ce dernier en demeure d'obtenir les informations nécessaires, à défaut de quoi il aviserait l'autorité de surveillance (cf. DO PS 42/32103-32106). Ce courrier, daté du 26 juin 2012 (cf. DO PS 61/37028-37029), relève en particulier qu'une "*grande partie de la fortune du Fonds (75 % à fin 2010) est placée dans des fonds P. \_\_\_\_\_, de juridiction des Îles Vierges Britanniques*", et que les documents mis à disposition ne permettent pas d'avoir une vision claire de la nature de différents placements. Il a conduit, le 3 juillet 2012, à une longue discussion au sein de la Commission de placement (cf. DO PS 42/32098-32101) et au Conseil de fondation (cf. DO PS 38/30773-30778), celui-ci décidant néanmoins à l'unanimité de poursuivre la collaboration avec N. \_\_\_\_\_ SA et O. \_\_\_\_\_ et de maintenir sa stratégie de placement (cf. DO PS 61/37026).

4.4.5. Dès lors qu'il présidait la Commission de placement constituée au sein du Conseil de fondation, le devoir de contrôle et d'intervention de A. \_\_\_\_\_ était certes important. Il dispose en outre d'une formation économique, même si celle-ci était centrée sur la macro-économie et non sur les marchés financiers et boursiers (cf. p.-v. du 5 juin 2019 p. 12). Cela étant, force est de constater qu'il a fait preuve d'une grande incompétence dans la surveillance de l'activité du gestionnaire externe et l'appréciation des placements effectués par celui-ci. Ainsi, même lors de l'audience de la Cour de céans du 5 juin 2019, alors qu'il était interrogé sur l'absence d'appréciation globale de tous les investissements auprès de P. \_\_\_\_\_ Ltd, il a exposé que O. \_\_\_\_\_ « *prétendait que ces fonds étaient répartis dans des véhicules de placement qui respectaient les normes OPP2 et notre règlement interne. Il nous a toujours affirmé que les placements respectaient les normes de diversification* » (cf. p.-v. du 5 juin 2019 p. 11). Il n'était par ailleurs pas aidé à cet égard par l'organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS, la société J. \_\_\_\_\_ SA, qui n'a jamais attiré l'attention des membres du Conseil de fondation ni sur la concentration des risques envers P. \_\_\_\_\_ Ltd cf. art. 50 al. 3 OPP2), ni sur le conflit d'intérêts potentiel dû au fait que P. \_\_\_\_\_ Ltd était entièrement aux mains du gestionnaire externe O. \_\_\_\_\_ (cf. art. 48h en lien avec art. 48f al. 1 et 48g OPP2). Il convient de noter par ailleurs que, de 2011 à 2014, les relevés de V. \_\_\_\_\_ pouvaient le conforter dans son appréciation erronée en matière de répartition des risques puisque les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd y figuraient en qualité de fonds obligataires, immobiliers, en actions et alternatifs, ce qui laissait à penser qu'ils étaient bien diversifiés (cf. consid. 4.4.3 ci-avant). Le prévenu a par ailleurs ajouté : « *Il nous était difficile d'aller contrôler matériellement ces placements qui se trouvaient à l'étranger, au Brésil et ailleurs* », ce qui démontre bien qu'aujourd'hui encore, le prévenu n'a pris aucune conscience de l'erreur de gestion qui a été commise, à savoir d'investir l'ensemble des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS dans des actions du même débiteur, la société P. \_\_\_\_\_ Ltd, et non de ne pas s'être intéressé plus avant dans les investissements que celle-ci effectuait avec l'argent ainsi obtenu. Le prévenu n'a ainsi manifestement pas compris qu'en faisant l'acquisition de parts de fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd, peu importe la catégorie, le Fonds de prévoyance ACSMS réitérait le risque qui s'était matérialisé en lien avec les titres Lehman Brothers. En effet, en acquérant des titres d'un même émetteur, l'investisseur supporte un seul risque de contrepartie, mais ni le prévenu, ni les autres membres du Conseil de fondation, n'ont réalisé cet état de fait. En raison de cette méconnaissance, le prévenu ne s'est pas rendu compte de la violation des règles de placement qui était commise. Il n'a ainsi pas pu s'accommoder d'un résultat dont il est douteux qu'il l'ait même envisagé comme possible. Le prévenu n'a donc pas agi intentionnellement, ni sous la forme atténuée du dol éventuel. Le caractère intentionnel de l'infraction ne saurait par conséquent être retenu.



4.5. Au vu de ce qui précède, si la Cour de céans avait pu examiner l'activité du prévenu A. \_\_\_\_\_ en tant que membre du Conseil de fondation et retenir qu'à ce titre, il revêtait bien la qualité de gérant au sens de l'art. 158 CP, son acquittement du chef de prévention de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP aurait dû être confirmé et l'appel du Ministère public rejeté sur ce point.

## 5. *Frais et indemnités*

5.1. Les frais d'appel sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP).

En l'espèce, en ce qui concerne A. \_\_\_\_\_, le Ministère public voit son appel rejeté. Dans ces conditions, il se justifie de laisser les frais de la procédure d'appel à charge de l'Etat de Fribourg. Ils sont fixés à CHF 3'300.- (émolument: CHF 3'000.-; débours fixés forfaitairement: CHF 300.-) pour la procédure le concernant.

5.2. Pour la procédure d'appel, A. \_\_\_\_\_ requiert l'allocation d'une indemnité au sens des art. 429 et 436 CPP pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure.

Le législateur a conçu une réglementation prévoyant la possibilité d'indemniser le prévenu acquitté. L'indemnisation est régie par les art. 429 à 432 CPP, dispositions aussi applicables à la procédure d'appel par le renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP. Selon l'art. 429 al. 1 CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. L'art. 430 al. 1 let. a CPP permet de refuser une indemnisation. Il s'agit du pendant de l'art. 426 al. 2 CPP en matière de frais, cette dernière disposition permettant de mettre tout ou partie des frais à la charge du prévenu acquitté s'il a de manière illicite et fautive provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci. Lorsque la condamnation aux frais n'est que partielle, la réduction de l'indemnité devrait s'opérer dans la même mesure (arrêt TF 6B\_256/2016 du 20 juin 2016 consid. 3.3). L'art. 429 al. 2 CPP précise que l'autorité pénale, qui peut enjoindre le prévenu à chiffrer et justifier ses prétentions, les examine d'office. Le CPP ne donne aucune indication sur le montant horaire qui doit être retenu à titre d'indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP. Toutefois, la législation fribourgeoise prévoit depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2015 que cette indemnité est calculée sur un tarif horaire de CHF 250.- qui peut cependant être augmenté dans certains cas (art. 75a du Règlement du 30 novembre 2010 sur la justice [RJ; RSF 130.11]).

En l'espèce, les frais de la procédure d'appel ayant été laissés à la charge de l'Etat de Fribourg, A. \_\_\_\_\_ est en droit de prétendre à l'allocation d'une indemnité pour ses frais de défense (art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP). Conformément à l'art. 75a al. 2 RJ, la fixation des honoraires et débours d'avocat dus au titre d'indemnité a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. En effet, la complexité du cas en appel ne dépassant pas ce qui est usuel et le mandataire ayant parfaitement connaissance du dossier dans la mesure où il a assisté le prévenu dès les premières heures de la procédure, pour la procédure d'appel, il n'y a pas lieu d'appliquer le tarif horaire de CHF 350.- retenu pour l'instruction et la procédure de première instance.

Me Olivier Carrel a produit une liste de frais qui fait état de près de 66 heures pour la défense tant de A. \_\_\_\_\_ que de D. \_\_\_\_\_. Cette liste de frais peut être admise globalement, seule la

durée de la seconde journée de débats par-devant la Cour devant être corrigée à 6 heures. Un total de 65 heures sera dès lors retenu, ce qui représente des honoraires à hauteur de CHF 16'250.-. Il faut y ajouter un forfait correspondance de CHF 250.-, les débours, qui peuvent être arrêtés forfaitairement à CHF 825.- (5 % de CHF 16'500.-), les trois vacations par CHF 90.-, et la TVA, par CHF 1'340.95 (7.7 % de CHF 17'415.-), soit un montant total de CHF 18'755.95. Compte tenu plus particulièrement des intérêts en jeu pour chacun des mandants de Me Olivier Carrel (cf. art. 63 al. 3 RJ), il se justifie de répartir ce montant à raison de  $\frac{3}{4}$  en faveur de A. \_\_\_\_\_ et d'un quart en faveur de D. \_\_\_\_\_.

Partant, le montant total de l'indemnité octroyée à A. \_\_\_\_\_ est arrêté à CHF 14'066.95.

5.3. Indépendamment de tout acquittement ou condamnation, le Ministère public conclut à ce que les frais de la procédure de première instance soient mis à la charge du prévenu.

5.3.1. Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné. Lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci (art. 426 al. 2 CPP). La condamnation d'un prévenu acquitté à supporter tout ou partie des frais doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH. Celle-ci interdit de rendre une décision défavorable au prévenu libéré en laissant entendre que ce dernier serait néanmoins coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Une condamnation aux frais n'est ainsi admissible que si le prévenu a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours. A cet égard, seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte. Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais ou le refus d'une indemnité, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble, dans le sens d'une application par analogie des principes découlant de l'art. 41 CO. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (cf. ATF 144 IV 202 consid. 2.2). Le comportement en question doit en outre se trouver dans une relation de causalité adéquate avec l'ouverture de l'enquête ou les obstacles mis à celle-ci. La relation de causalité est réalisée lorsque, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le comportement de la personne concernée était de nature à provoquer l'ouverture de la procédure pénale et le dommage ou les frais que celle-ci a entraînés. Une condamnation aux frais ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête. Elle est en tout cas exclue lorsque l'autorité est intervenue par excès de zèle, ensuite d'une mauvaise analyse de la situation ou par précipitation. La mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquittement ou de classement de la procédure doit en effet rester l'exception (cf. arrêt TF 6B\_548/2018 du 18 juillet 2018 consid. 1.1.1).

5.3.2. En l'espèce, hormis quelques précisions dans la formulation du dispositif, le jugement de première instance a été confirmé en ce qui concerne A. \_\_\_\_\_. Par ailleurs, en tant que l'accusation s'attachait exclusivement à la qualité de membre de la Commission de placement, et n'a pas envisagé une mise en prévention en qualité de membre du Conseil de fondation, l'ouverture de l'instruction pénale à son encontre n'était pas justifiée (cf. consid. 3.5 ci-avant). Dans ces conditions, les frais de la procédure de première instance ne pouvaient être mis à la charge de ce prévenu et il était légitimé à obtenir des indemnités pour ses frais de défense et le tort moral

subi. Compte tenu de cet état de fait, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et l'attribution des indemnités auxquelles les premiers juges ont procédé concernant ce prévenu.

**III. D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_**

6.

6.1. En ce qui concerne D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, prévenus acquittés en première instance, le Ministère public s'en prend exclusivement à la répartition des frais et indemnités opérée par le Tribunal pénal économique. Il concède en effet que, dans la mesure où ces trois personnes étaient assurées auprès du Fonds de prévoyance ACSMS et compte tenu de leurs formations non-spécifiques et de leurs parcours professionnels, les premiers juges pouvaient retenir que c'était par négligence et non par dol éventuel qu'ils avaient omis d'exercer les obligations qui leur incombaient. Néanmoins, indépendamment de tout acquittement ou condamnation, le Ministère public conclut à ce que les frais de la procédure de première instance soient mis à la charge des prévenus acquittés au motif qu'ils ont violé une ou plusieurs normes de droit administratif et de droit civil et causé ainsi l'ouverture de la procédure pénale.

6.1.1. S'agissant de la jurisprudence relative à l'art. 426 CPP applicable à la question de la répartition des frais de la procédure de première instance nonobstant l'absence de condamnation, il est renvoyé au consid. 5.3.1 ci-avant.

6.1.2. Selon l'art. 52 al. 1 LPP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence. S'agissant des personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance, cette responsabilité a été maintenue dans les mêmes termes dans la teneur de l'art. 52 al. 1 LPP entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (cf. RO 2011 3393). En sus de l'exigence de faire partie du cercle des personnes visées par l'art. 52 LPP, la responsabilité civile présuppose un acte illicite, un dommage, une faute ou une négligence, ainsi qu'un lien de causalité naturel et adéquat entre le comportement reproché et le dommage (cf. ATF 141 V 51 consid. 3.1.2).

En l'espèce, de 2008 à 2014, D.\_\_\_\_\_, en qualité de président avec signature collective à deux, ainsi que F.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_, en qualité de membres sans signature, comptaient parmi les 12 membres du Conseil de fondation (cf. DO PS 1-9/20179, 20139, 20099, 20055 et 20011). A ce titre, ils avaient incontestablement la qualité d'organes du Fonds de prévoyance ACSMS. Cela étant, à l'instar de ce qui a été dit s'agissant de A.\_\_\_\_\_, dès lors que l'accusation s'est attachée exclusivement à la qualité de membre de la Commission de placement, et n'a pas envisagé une mise en prévention en qualité de membre du Conseil de fondation, l'ouverture de l'instruction pénale à leur encontre n'était pas justifiée (cf. consid. 3.5 ci-avant). Dans ces conditions, les frais de la procédure de première instance ne pouvaient être mis à la charge de ces prévenus et ils étaient légitimés à obtenir des indemnités pour leurs frais de défense, le dommage économique subi au titre de leur participation obligatoire à la procédure pénale et le tort moral subi. Compte tenu de cet état de fait, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et l'attribution des indemnités auxquelles les premiers juges ont procédé concernant ces prévenus acquittés. L'appel du Ministère public sera par conséquent rejeté en ce qui les concerne.

## 6.2.

6.2.1. Les frais d'appel sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP).

En l'espèce, en ce qui concerne D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_, le Ministère public voit son appel rejeté. Dans ces conditions, il se justifie de laisser les frais de la procédure d'appel à charge de l'Etat de Fribourg. Ils sont fixés à CHF 3'300.- (émolument: CHF 3'000.-; débours fixés forfaitairement: CHF 300.-) pour la procédure les concernant.

6.2.2. Pour la procédure d'appel, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ requièrent l'allocation d'une indemnité au sens des art. 429 et 436 CPP pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de leurs droits en procédure.

En l'espèce, les frais de la procédure d'appel ayant été laissés à la charge de l'Etat de Fribourg, ces trois prévenus acquittés sont en droit de prétendre à l'allocation d'une indemnité pour leurs frais de défense (art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP). Conformément à l'art. 75a al. 2 RJ, la fixation des honoraires et débours d'avocat dus au titre d'indemnité a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. En effet, pour la procédure d'appel, il n'y a pas lieu d'appliquer le tarif horaire de CHF 350.- retenu pour l'instruction et la procédure de première instance, la complexité du cas en appel ne dépassant pas ce qui est usuel et leurs mandataires les ayant assistés dès les premières heures de la procédure et connaissant par conséquent parfaitement le dossier.

S'agissant de D. \_\_\_\_\_, l'indemnité est fixée à CHF 4'689.- (cf. consid. 5.2 ci-avant).

En ce qui concerne E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_, Me Alexandre Emery a produit une liste de frais qui fait état de près de 41 heures qu'il convient de corriger comme suit. Compte tenu des intérêts en jeu (cf. art. 63 al. 3 RJ), la durée indiquée pour la préparation de l'audience par-devant la Cour de céans est réduite à 10 heures au lieu des 20 heures mentionnées, la durée des deux journées de débats par-devant la Cour est corrigée à respectivement 7 et 6 heures, et différentes opérations relatives à la procédure administrative sont supprimées. Un total de 30 heures sera dès lors retenu, ce qui représente des honoraires à hauteur de CHF 7'500.-. Il faut y ajouter les débours, qui peuvent être arrêtés forfaitairement à CHF 375.- (5 % de CHF 7'500.-), les trois vacations par CHF 90.-, et la TVA, par CHF 613.30 (7.7 % de CHF 7'965.-). Partant, le montant total de l'indemnité est arrêté à CHF 8'578.30, soit CHF 4'289.15 pour chacun des deux intimés.

## IV. B. \_\_\_\_\_

### 7. Prescription

Le Tribunal pénal économique a prononcé le classement, en raison de la prescription de l'action pénale, de l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011. Le Ministère public conteste ce classement au motif que le travail de révision d'une caisse de pension ne se limite pas à un contrôle annuel.

En ce qui concerne les règles sur la prescription et l'unité naturelle d'actions, il peut être renvoyé aux consid. 1.6.1 et 2.2 ci-avant.

Aux termes de l'art. 53 al. 1 LPP, dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, l'institution de prévoyance désigne un organe de contrôle qui vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements. L'art. 35 al. 1 OPP2 précise les attributions de l'organe de contrôle en exigeant que celui-ci vérifie chaque année un certain nombre de points (al. 1) et établisse un rapport écrit sur le résultat de ses vérifications (al. 3). Dans le cadre de la réforme structurelle (cf. Message concernant la révision de la LPP [Réforme structurelle] du 15 juin 2007, FF 2007 5381, et RO 2011 3393), l'art. 53 LPP a été abrogé et remplacé par de nouvelles dispositions plus précises. Depuis le 1<sup>er</sup> août 2011, les tâches de l'organe de révision figurent ainsi à l'art. 52c LPP (cf. RO 2011 3393, 3405). Cette disposition prévoit que l'organe de révision vérifie un certain nombre de points (al. 1) et consigne chaque année dans un rapport les constatations faites dans le cadre de ces vérifications (al. 2).

Le contrôle exigé tant par l'art. 53 al. 1 LPP que par l'art. 52c LPP, ne consiste pas en un contrôle et une surveillance continus, mais en un contrôle *ex post* annuel (cf. ATF 141 V 93 consid. 6.1; 137 V 446 consid. 6.2.2). Chaque contrôle annuel, et les analyses qui s'y rapportent, constitue par conséquent un acte séparé et ponctuel, distinct du contrôle de l'année précédente ou de l'année suivante. L'activité de contrôle en elle-même ne s'épuise en revanche pas en un acte unique et s'étend sur une certaine durée, comportant des visites sur place, l'examen de nombreux documents et des discussions avec les responsables de l'entité contrôlée. Si au sein du contrôle relatif à un exercice comptable, il convient de retenir une unité naturelle d'actions, tel ne saurait cependant plus être le cas pour le contrôle relatif à l'année suivante. Il faut par conséquent admettre qu'avec chaque dépôt de rapport annuel, une nouvelle unité naturelle d'actions, et par conséquent un nouveau délai de prescription, commence à courir.

En l'espèce, le rapport de l'organe de contrôle pour l'exercice comptable 2010 est daté du 23 août 2011 (cf. DO PS 1-9/20091). Dès lors qu'il y a lieu d'admettre une unité naturelle d'actions pour toute l'activité de contrôle de l'année 2010, il importe peu de savoir quelles activités de contrôle effectives auraient été exécutées avant le 20 mars 2011. En effet, l'ensemble de l'activité de contrôle doit être considérée comme une unité naturelle d'actions postérieure à cette date. Les activités liées au contrôle relatif à l'exercice comptable 2010 – et aux exercices postérieurs – ne sont par conséquent pas prescrites.

Il convient de rectifier le dispositif du jugement attaqué dans ce sens (ch. III.1 du dispositif du jugement attaqué).

## 8. *Principe de la légalité*

L'art. 76 al. 5 LPP, dont la teneur n'a pas été modifiée depuis son adoption, sanctionne celui qui, en tant que titulaire ou membre d'un organe de contrôle, aura gravement enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 53 LPP. Le Tribunal pénal économique a considéré qu'en tout état de cause, le principe de la légalité conduisait à retenir que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, l'art. 53 LPP ayant été abrogé, une base légale valable faisait défaut pour prononcer une condamnation en application de l'art. 76 al. 5 LPP. Le Ministère public s'oppose à cette lecture. Il fait valoir que l'art. 53 LPP a certes été abrogé mais pour être remplacé par l'art. 52c LPP, de sorte que l'absence de correction du contenu de l'art. 76 al. 5 LPP doit être considéré comme un oubli du législateur, auquel il est possible de remédier.

8.1. Sous le titre marginal "*pas de sanction sans loi*", l'art. 1 CP établit le principe qu'une peine ne peut être prononcée qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi. Le principe de la légalité est violé lorsque quelqu'un est poursuivi pénalement en raison d'un comportement qui n'est pas désigné comme punissable dans la loi; lorsque le tribunal déduit un comportement d'une norme pénale, alors que, même au travers d'une interprétation extensive de la disposition conformément aux principes applicables, celui-ci n'apparaît pas punissable; ou si quelqu'un est poursuivi en application d'une norme pénale qui n'a pas de fondement juridique (cf. ATF 138 IV 13 consid. 4.1). La loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen de s'y conformer et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude dépendant des circonstances. L'exigence de précision de la base légale ne doit cependant pas être comprise d'une manière absolue. Le législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique. Le degré de précision requis ne peut pas être déterminé de manière abstraite. Il dépend, entre autres, de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, du destinataire de la norme, ou de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels. Il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application (cf. arrêt TF 6B\_395/2017 du 16 novembre 2017 consid. 3.1).

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si plusieurs interprétations sont possibles, le juge recherche la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but recherché, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important. Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant une pluralité de méthodes, sans soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité (cf. ATF 144 IV 64 consid. 2.4). Lorsqu'il interprète la loi pénale, le juge peut, sans violer le principe de la légalité, donner du texte légal une interprétation même extensive, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause. Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe "*nulla poena sine lege*" interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables (cf. ATF 137 IV 99 consid. 1.2; arrêt TF 1C\_443/2017 du 29 août 2018 consid. 9.1).

8.2. En ce qui concerne l'art. 76 al. 5 LPP, l'on doit certes retenir que son texte, en se référant aux obligations qui incombent à l'organe de contrôle "*en vertu de l'art. 53*" LPP, se réfère à une disposition qui, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, était abrogée. Cela ne permet cependant pas encore de déduire, comme l'ont fait les premiers juges, qu'il n'y a dès cette date plus de base légale pour sanctionner l'organe de contrôle. On notera en effet que le Message qui accompagnait le projet de loi abrogeant l'art. 53 LPP, précisait expressément que "*l'art. 53 peut être abrogé, car ces dispositions sont remplacées par celles des nouveaux art. 52a à 52e*" (cf. FF 2007 5381, 5414), ce qui indique bien que le législateur n'entendait pas supprimer les obligations incombant à l'organe de contrôle, mais les préciser et, à cet effet, adapter la systématique de la loi. Les obligations de l'organe de révision énumérées à l'art. 52c LPP sont certes plus précises que celles qui figuraient précédemment à l'art. 53 LPP, mais il ne faut pas oublier que ces dernières étaient, quant à elles, précisées à l'art. 35 OPP2, dont la teneur a été reprise dans la nouvelle disposition

(cf. FF 2007 5411). Par ailleurs, si le législateur avait effectivement voulu supprimer toute sanction pénale à l'encontre de l'organe de contrôle, il lui suffisait d'abroger l'art. 76 al. 5 LPP.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que, dès le 1<sup>er</sup> août 2011, date de l'entrée en vigueur de l'art. 52c LPP (cf. RO 2011 3393, 3405), la référence, à l'art. 76 al. 5 LPP, aux obligations incombant à l'organe de contrôle en vertu de l'art. 53 LPP, doit être comprise comme se référant aux obligations incombant à l'organe de contrôle en vertu de l'art. 52c LPP, sans que cela ne viole pour autant le principe de légalité.

## 9. Droit applicable

Tout en refusant de considérer les faits reprochés au prévenu comme relevant d'une unité naturelle d'actions, le Tribunal pénal économique a néanmoins considéré que le nouveau droit est plus favorable au prévenu et l'a appliqué à l'ensemble des faits qui lui étaient reprochés dans la mesure où ils n'étaient pas prescrits. Le Ministère public de son côté, qui retient une unité naturelle d'actions pour l'ensemble des faits reprochés au prévenu, estime que, le nouvel art. 52c LPP étant plus exhaustif que l'art. 53 LPP qu'il remplace, l'ancien droit est plus favorable.

En ce qui concerne le droit applicable et le principe de la *lex mitior* en général, il y a lieu de se référer au consid. 1.6 ci-avant.

Ainsi qu'on l'a vu (cf. consid. 7 ci-avant), il ne peut y avoir unité naturelle d'actions qu'au sein de chaque contrôle annuel et non pour l'ensemble des activités de contrôle exercées par le prévenu en lien avec le Fonds de prévoyance ACSMS. La question de la *lex mitior* ne peut donc se poser qu'en ce qui concerne le contrôle des comptes annuels pour l'exercice comptable 2010, les activités relatives au contrôle des comptes annuels pour les périodes postérieures, soit en l'espèce les exercices comptables 2011 et 2012 (cf. DO PS 1-9/20047 et 20003), ayant forcément eu lieu après le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et étant de ce fait d'emblée soumis au nouveau droit.

L'art. 53 al. 1 LPP, dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, prévoyait de manière toute générale que l'organe de contrôle vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements, le Conseil fédéral étant chargé de fixer les conditions à satisfaire pour garantir que ces fonctions sont exercées convenablement (cf. art. 53 al. 4 LPP). L'art. 35 OPP2 précisait ainsi que l'organe de contrôle vérifie notamment la conformité à la loi, aux ordonnances, aux directives et aux règlements des comptes annuels et des comptes de vieillesse (al. 1 let. a), la légalité de la gestion et la légalité du placement de la fortune (al. 1 let. b). L'art. 52c LPP, dans la version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2011, exige de l'organe de révision qu'il vérifie notamment si les comptes annuels et les comptes de vieillesse sont conformes aux dispositions légales (al. 1 let. a), si l'organisation, la gestion et les placements sont conformes aux dispositions légales et réglementaires (al. 1 let. b), si les mesures destinées à garantir la loyauté dans l'administration de la fortune ont été prises et si le respect du devoir de loyauté est suffisamment contrôlé par l'organe suprême (al. 1 let. c), si, en cas de découvert, l'institution de prévoyance a pris les mesures nécessaires pour rétablir un couverture complète (al. 1 let. e), et si les indications et informations exigées par la loi ont été communiquées à l'autorité de surveillance (al. 1 let. f). Les exigences posées sont ainsi, d'une part, fixées dans la loi et non plus dans une ordonnance d'exécution, et, d'autre part, plus détaillées. Il convient donc de considérer que la réglementation postérieure au 1<sup>er</sup> août 2011 est moins favorable au prévenu. Dans ces conditions, en ce qui concerne le contrôle des comptes annuels pour l'exercice comptable 2010, certes achevé en date du 23 août 2011

mais effectué pour l'essentiel avant le 30 juin 2011 (cf. DO PS 1-9/20090), il y a lieu de s'en tenir aux exigences de l'art. 53 al. 1 LPP et de l'art. 35 OPP2 dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 au titre de la loi la plus favorable.

#### 10. Organe de contrôle au sens de l'art. 76 al. 5 LPP

Le Tribunal pénal économique a acquitté B. \_\_\_\_\_ au motif qu'il ne dispose pas de l'agrément d'expert-réviseur et ne pouvait donc commettre l'infraction de l'art. 76 al. 5 LP comme auteur à titre principal. Dans la déclaration d'appel, le Ministère public s'oppose à cette interprétation et fait valoir qu'en sa qualité de directeur de la société J. \_\_\_\_\_ SA, organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS et au bénéfice d'un agrément en tant qu'expert-réviseur, l'art. 76 al. 5 LP lui est applicable. Par ailleurs, lors de l'audience du 5 juin 2019, à la requête du Ministère public, la Cour de céans a décidé d'analyser l'état de fait renvoyé également sous l'angle de la complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP dans sa version valable jusqu'à fin 2011.

10.1. Aux termes de l'art. 76 al. 5 LPP, est puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de CHF 30'000.- au plus celui qui, en tant que titulaire ou membre d'un organe de contrôle, aura gravement enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 53 LPP. L'infraction prévue à l'art. 76 al. 5 LPP constitue un délit propre car seuls les titulaires ou membres d'un organe de contrôle peuvent enfreindre les obligations de l'art. 53 LPP (cf. TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter [éd.], Commentaire LPP, 2010, art. 76 n. 52). Aux termes de l'art. 53 al. 4 LP, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, il appartenait au Conseil fédéral de fixer les conditions auxquelles doivent satisfaire les organes de contrôle de manière à garantir qu'ils exercent leurs fonctions convenablement, ce qu'il avait fait à l'art. 33 al. 1 OPP2. Cette disposition prévoyait ainsi que seules peuvent assumer la fonction d'organe de révision d'institutions de prévoyance professionnelle les personnes physiques et les entreprises qui sont agréées en qualité d'experts-réviseurs conformément à la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR; RS 221.302). Depuis la réforme structurelle, la même réglementation figure à l'art. 52b LPP (cf. RO 2011 3393).

Pour qu'une personne ou une entreprise puisse exercer une activité de révision dans le domaine de la prévoyance professionnelle, elle doit donc avoir obtenu au préalable l'agrément en tant qu'expert-réviseur conformément à la LSR. Selon le registre de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision ASR, la société J. \_\_\_\_\_ SA disposait de cet agrément à titre provisoire depuis le 4 février 2008, et à titre permanent depuis le 11 juin 2010. Tel n'est en revanche pas le cas du prévenu qui ne disposait pas, à titre personnel, de l'agrément en qualité d'expert-réviseur tel qu'exigé par les dispositions applicables.

A défaut de l'agrément en qualité d'expert-réviseur, B. \_\_\_\_\_ n'avait donc pas la qualité pour se rendre coupable comme auteur principal de l'infraction prévue à l'art. 76 al. 5 LPP.

10.2. Il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure, conformément à l'argumentation du Ministère public dans la déclaration d'appel, le prévenu doit répondre de l'infraction de l'art. 76 al. 5 LP en sa qualité de directeur de la société J. \_\_\_\_\_ SA, organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS et au bénéfice de l'agrément en tant qu'expert-réviseur. A cet égard, dans son appel du 11 juillet 2018, le Ministère public fait valoir, en se référant à l'art. 29 let. a CP, que



lorsqu'un délit propre est commis au sein d'une entreprise, la faute est imputée à la personne physique lorsque celle-ci agit en qualité d'organe de la personne morale en cause.

La procédure pénale est gouvernée par le principe de l'accusation. En ce qui concerne le contenu et la portée de ce principe, il peut être renvoyé au consid. 3.2 ci-avant. Or, à la lecture de l'acte d'accusation du 28 août 2017 relatif à B.\_\_\_\_\_, force est de constater qu'il n'y est à aucun moment fait état des liens existant entre la société J.\_\_\_\_\_ SA et le prévenu. En effet, le Ministère public, après avoir présenté le Fonds de prévoyance ACSMS et ses organes, y compris la société J.\_\_\_\_\_ SA (ch. 1.1), y passe en revue l'histoire de l'institution de prévoyance depuis 2002 jusqu'à sa mise en liquidation (ch. 1.2). On y retrouve le nom du prévenu à six reprises: "*Dans le cadre de la séance extraordinaire du Conseil de fondation du 12 novembre 2008, à laquelle B.\_\_\_\_\_ n'a pas assisté [...]*", "*[...] lors de la séance du Conseil de fondation du 23 juin 2009, à laquelle B.\_\_\_\_\_ a assisté [...]*" (p. 4 de l'acte d'accusation), "*Les motifs de cette différence [...] n'ont jamais été élucidés par B.\_\_\_\_\_*" (p. 4-5 de l'acte d'accusation), "*B.\_\_\_\_\_ n'a pas participé à cette séance, mais en a reçu le procès-verbal*" (figure à deux reprises, p. 5 de l'acte d'accusation), et "*Cette dernière a rapidement formulé des interrogations à l'adresse de J.\_\_\_\_\_ (B.\_\_\_\_\_)*" (p. 6 de l'acte d'accusation). Quant aux reproches formulés, ils s'adressent à B.\_\_\_\_\_ "*en sa qualité d'organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS*" (p. 6-7 de l'acte d'accusation). Enfin, sous l'angle de la qualification juridique, l'acte d'accusation évoque uniquement l'infraction de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (p. 8 de l'acte d'accusation), commis à titre personnel par le prévenu, sans mentionner ni l'art. 29 CP, ni, le cas échéant, l'art. 77 al. 2 LPP – contrairement à ce qui est mentionné dans l'acte d'accusation dirigé contre C.\_\_\_\_\_ pour les actes dont elle pourrait devoir répondre en sa qualité d'employeur de H.\_\_\_\_\_ –. Il faut donc en conclure qu'à aucun moment l'acte d'accusation n'a envisagé une responsabilité pénale de B.\_\_\_\_\_ en sa qualité de directeur de la société J.\_\_\_\_\_ SA et qu'il ne contient pas les faits qui correspondraient à tous les éléments constitutifs d'une telle infraction.

S'agissant de l'allégation, introduite en procédure d'appel, selon laquelle B.\_\_\_\_\_ serait soumis à l'art. 76 al. 5 LP en sa qualité de directeur de la société J.\_\_\_\_\_ SA, organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS et au bénéficiaire d'un agrément en tant qu'expert-réviseur, la Cour de céans ne peut donc l'examiner dès lors que l'état de fait y relatif ne figure pas dans l'acte d'accusation du 28 août 2017. Quant à la possibilité de renvoyer la cause au Ministère public pour qu'il complète l'acte d'accusation conformément à l'art. 333 al. 1 CPP, l'argumentation exposée au consid. 3.6 ci-avant s'applique également en ce qui concerne B.\_\_\_\_\_. En effet, l'infraction en cause n'est pas un crime, mais un délit, et il ne s'agit pas d'une infraction contre la vie et l'intégrité corporelle. Dans ces conditions, il ne se justifie pas de faire usage de la possibilité offerte par l'art. 333 CPP.

10.3. A l'orée de l'audience de la Cour de céans du 5 juin 2019, le Ministère public a demandé à la Cour, concernant B.\_\_\_\_\_, en application de l'art. 405 CPP en relation avec l'art. 344 CPP, d'analyser l'état de fait renvoyé également sous l'angle de la complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP dans sa version valable jusqu'à la fin 2011. Donnant suite à cette requête, la Cour d'appel pénal, après avoir donné l'occasion aux parties présentes de se déterminer, les a informées, en application de l'art. 344 CPP, qu'elle entendait analyser l'état de fait renvoyé également sous l'angle de la complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP dans sa version valable jusqu'à la fin 2011.

Aux termes de l'art. 26 CP, si la punissabilité est fondée ou aggravée en raison d'un devoir particulier de l'auteur, la peine est atténuée à l'égard du participant qui n'était pas tenu à ce devoir. Il découle de cette disposition que les participants accessoires, qui ne sont pas soumis au devoir particulier qui fonde la punissabilité de l'auteur principal, sont néanmoins soumis à la sanction du délit propre, mais profitent d'une atténuation obligatoire (cf. FORSTER, *in* BSK StGB I, 4<sup>e</sup> éd. 2019, art. 26 n. 1). Dans ces conditions, les énoncés de fait légaux qui répriment des délits propres s'appliquent également au participant qui ne présente pas les circonstances objectives particulières (*extraneus* ; cf. FORSTER, art. 26 n. 2). L'*extraneus* collaborant à la perpétration d'une infraction propre ne peut en effet, par définition, en être l'auteur direct, l'auteur médiat ou le coauteur. Quelque déterminante qu'ait été sa contribution, il sera au mieux reconnu coupable d'instigation ou de complicité (cf. STRÄULI, *in* CR CP, 2009, art. 26 n. 13). Celui qui instigue un tiers à commettre un délit propre ou qui l'assiste lors de la commission de cette infraction est ainsi punissable en vertu de la disposition pénale topique (cf. NIGGLI, *in* BSK StGB II, 4<sup>e</sup> éd. 2019, art. 158 n. 10 ; DELNON/RÜDY, *in* BSK StGB II, 4<sup>e</sup> éd. 2019, art. 307 n. 36 ; OBERHOLZER, *in* BSK StGB II, 4<sup>e</sup> éd. 2019, art. 320 n. 19). Toutefois, l'atténuation de la peine est obligatoire, du fait qu'il n'est pas lié par les mêmes devoirs que l'auteur principal et que, partant, sa faute est moins grave (cf. PC CP, art 26 n. 3). Celui qui participe à la commission d'un délit propre comme un coauteur, mais sans être soumis au devoir particulier qui fonde la punissabilité, sera ainsi traité comme un complice ; en effet, la notion de participation englobe même une contribution essentielle à l'infraction et la distinction entre les coauteurs et les complices vise exclusivement à privilégier ces derniers (cf. TRECHSEL/JEANRICHARD, *in* Techsel/Pieth (éd.), Praxiskommentar StGB, 3<sup>e</sup> éd. 2018, art. 26 n. 3). Une personne qui, sans remplir elle-même les conditions personnelles d'un délit propre, y participe néanmoins, peut et doit ainsi être condamnée en qualité de complice.

Il convient par conséquent d'examiner, d'une part, si une infraction au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP a été commise dans le cadre du contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS, et, d'autre part, dans quelle mesure B. \_\_\_\_\_ est complice de cette infraction et doit être condamné de ce chef.

## 11. *Délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP*

### 11.1.

11.1.1. Aux termes de l'art. 53 al. 1 LPP dans sa version valable jusqu'à la fin 2011 (ci-après LPP 2011), applicable au contrôle de l'exercice 2010 (cf. consid. 9 ci-avant), l'institution de prévoyance désigne un organe de contrôle qui vérifie chaque année la gestion, les comptes et les placements. L'organe de contrôle s'assure en outre que la gestion de fortune se déroule de manière loyale (cf. art. 53 al. 5 LPP). Les tâches précises que l'organe de contrôle est tenu de remplir sont décrites à l'art. 35 OPP2 dans la version valable jusqu'à la fin 2011 (ci-après OPP2 2011). L'organe de contrôle doit ainsi vérifier chaque année la conformité à la loi, aux ordonnances, aux directives et aux règlements des comptes annuels et des comptes de vieillesse (al. 1 let. a), la légalité de la gestion, notamment en ce qui concerne la perception des cotisations et le versement des prestations, la légalité du placement de la fortune (al. 1 let. b), ainsi que le respect des prescriptions relatives à la loyauté dans la gestion de fortune (al. 1 let. c). L'organe de contrôle doit établir, à l'intention de l'organe supérieur de l'institution de prévoyance, un rapport écrit sur le résultat de ses vérifications. S'il constate, lors de ses vérifications, que la loi, l'ordonnance, les directives ou le règlement n'ont pas été observés, il le consignera dans son

rapport (al. 3). Aux termes de l'art. 35a OPP2 2011, en cas de découvert de l'institution de prévoyance, l'organe de contrôle indique notamment si les placements concordent avec la capacité de risque de l'institution de prévoyance (al. 2 let. a). Si, lors de ses vérifications, l'organe de contrôle constate des irrégularités, il doit impartir à l'institution de prévoyance un délai approprié pour régulariser la situation et, si ce délai n'est pas observé, il doit en informer l'autorité de surveillance (cf. art. 36 al. 2 OPP2 2011).

En ce qui concerne le contrôle des exercices 2011 et 2012, l'art. 52c LPP dans la version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (ci-après LPP 2012) précise que l'organe de révision vérifie, notamment, si l'organisation, la gestion et les placements sont conformes aux dispositions légales et réglementaires (al. 1 let. b), et si les mesures destinées à garantir la loyauté dans l'administration de la fortune ont été prises et si le respect du devoir de loyauté est suffisamment contrôlé par l'organe suprême (al. 1 let. c). L'OPP2 dans la version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 précise que, si la gestion de la fortune d'une institution de prévoyance est confiée en partie ou en totalité à des tiers, l'organe de révision examine aussi dûment leur activité (art. 35 al. 3 OPP2 2012). L'art. 48f OPP2 2012 prévoit à cet égard que les personnes et les institutions chargées de la gestion de la fortune doivent être qualifiées pour accomplir ces tâches et garantir en particulier qu'elles remplissent les conditions visées à l'art. 51b al. 1 LPP – à savoir qu'elles doivent jouir d'une bonne réputation et offrir toutes les garanties d'une activité irréprochable – et qu'elles respectent les art. 48g à 48i OPP2 2012 relatives à la loyauté dans la gestion et à la prévention des conflits d'intérêts.

11.1.2. Les organes de révision des institutions de prévoyance jouent un rôle capital dans le système de surveillance de la prévoyance professionnelle. Ils ont pour fonction de garantir, à travers l'audit financier, que le rapport financier soit conforme aux règles applicables et permettre aux différentes personnes concernées d'avoir une vue fiable sur la situation financière de l'institution. Les organes de révision exercent indirectement une surveillance sur les institutions de prévoyance et apportent ainsi une contribution essentielle à la stabilité de la prévoyance professionnelle. Cette importance systémique implique que la qualité de la révision doit répondre aux exigences les plus élevées. L'audit des institutions de prévoyance est donc liée à un intérêt public majeur (cf. arrêt TAF B1577/2015 du 17 août 2015 consid. 6.4.1 ; arrêt TF 2C\_860/2015 du 14 mars 2016 consid. 5.3 ; rapport 2018 de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, p. 39).

L'examen annuel effectué par l'organe de contrôle a ainsi pour but de prévenir ou révéler les irrégularités commises dans la gestion de l'institution de prévoyance. L'organe de contrôle est en outre tenu d'examiner notamment la légalité du placement de la fortune. A cet effet, il doit procéder au contrôle de l'inventaire et de l'évaluation, mais aussi à une analyse de la composition des placements. Les documents de base doivent être examinés au préalable et les conditions juridiques, organisationnelles et économiques doivent être établies. Si l'institution de prévoyance a délégué tout ou partie de la gestion à un tiers, les activités de ce tiers doivent également être examinées (cf. ATF 141 V 93 consid. 6.1). L'omission de procéder à une vérification requise peut découler de l'application de mesures insuffisantes de contrôle, de la méconnaissance de dispositions légales impératives ou de l'ignorance relative à des éléments de fait. L'organe de contrôle doit examiner en particulier la légalité de la gestion de fortune. Dans ce cadre, il doit vérifier si l'institution de prévoyance a procédé à une diversification appropriée et qu'elle n'a pas pris un risque exagéré. Enfin, il doit contrôler le respect de la loyauté dans la gestion de fortune afin d'éviter que les personnes à qui la gestion des avoirs de l'institution de prévoyance est confiée n'abusent de cette activité à leur propre profit (cf. l'analyse très fouillée effectuée par la Chambre

des assurances sociales du Tribunal administratif du canton de Zoug dans son arrêt S 2010 200 du 21 janvier 2014 consid. 4.8.1 que le Tribunal fédéral reprend à son compte dans l'ATF 141 V 93 consid. 6.1).

La mesure de la diligence que l'organe de contrôle doit appliquer s'apprécie selon des critères objectifs. Il fait preuve de négligence lorsqu'il commet une faute qui pourrait être reprochée à un représentant typique de ce groupe professionnel. La portée de l'examen découle de l'art. 53 al. 1 LPP. Lorsque les circonstances sont complexes, l'organe de contrôle doit faire preuve d'une diligence particulièrement élevée. Le réviseur doit définir lui-même les processus qu'il entend appliquer pour parvenir au contrôle approprié. Compte tenu des exigences élevées que l'art. 33 al. 1 OPP2, pour la période antérieure au 31 décembre 2011, et l'art. 52b LPP, pour la période postérieure à cette date, posent pour l'exercice de la fonction d'organe de révision d'institutions de prévoyance professionnelle, il convient de partir de la prémisse que cette exigence de qualification professionnelle élevée augmente la responsabilité qui incombe à l'organe de contrôle. En effet, on attend d'une personne particulièrement qualifiée qu'elle fasse preuve d'une diligence particulière (cf. arrêt S 2010 200 du 21 janvier 2014 consid. 4.8.1.3).

## 11.2.

11.2.1. L'acte d'accusation reproche au prévenu d'avoir gravement enfreint les obligations qui lui incombaient en vertu de l'art. 53 LPP. Il lui est notamment reproché de ne pas avoir, pendant plusieurs années – soit à partir de 2008 et jusqu'en 2013 – demandé des justificatifs probants au sujet des placements effectués par O.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_ SA dans P.\_\_\_\_\_ Ltd, de ne pas avoir, durant toute la durée du mandat d'organe de contrôle, examiné la conformité des placements aux dispositions légales et réglementaires, de ne pas avoir indiqué de manière claire au Conseil de fondation que sa stratégie de placement était incompatible avec les exigences légales, notamment avec l'art. 71 LPP, de ne pas avoir rendu attentif le Conseil de fondation au fait que les crédits d'investissement à taux fixe contractés auprès de V.\_\_\_\_\_ exerçaient un effet de levier incompatible avec le principe de sécurité, d'être resté passif même après avoir été confronté à partir du mois d'octobre 2011 aux interrogations formulées par la société I.\_\_\_\_\_ SA et d'avoir renoncé à procéder immédiatement à une analyse détaillée des placements opérés par le Fonds de prévoyance ACSMS, et de ne jamais avoir alerté l'autorité de surveillance.

11.2.2. Il ressort des faits exposés ci-avant (cf. consid. 4.2.2 à 4.2.4 et 4.4.2 à 4.4.5) que l'analyse des conditions juridiques, organisationnelles et économiques de base devait conduire l'organe de contrôle à retenir un risque de contrôle élevé. Il se trouvait en effet en présence des éléments à risque accru suivants :

- Un contrat de placement discrétionnaire et une relation étroite entre le gestionnaire externe, N.\_\_\_\_\_ SA, son administrateur unique, O.\_\_\_\_\_, et le véhicule de placement P.\_\_\_\_\_ Ltd, et donc un risque évident de conflits d'intérêts (cf. consid. 4.4.4 ci-avant) ;
- Des investissements importants dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd (cf. consid. 4.2.3 ci-avant) sans que personne n'ait procédé à la moindre investigation relative à la structure de cette société et à la nature des fonds Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ (cf. consid. 4.4.2 ci-avant) ;

- Un dépassement récurrent des limites de placement, même en l'absence de l'addition de tous les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd (cf. consid. 4.2.4 et 4.4.4 ci-avant) ;
- Un Conseil de fondation et une Commission de placement composés de membres ne présentant pas la compétence nécessaire pour surveiller l'activité du gestionnaire externe et le placement des avoirs de l'institution de prévoyance (cf. consid. 4.4.5 ci-avant).

En présence de ces éléments à risque accru, il incombait à l'organe de contrôle de faire preuve d'une vigilance particulière, d'interpeler le Conseil de fondation afin qu'il les clarifie et, dans la mesure du possible, y remédie. Les manquements spécifiques suivants peuvent à cet égard être reprochés à l'organe de contrôle en lien avec le contrôle des exercices 2010, 2011 et 2012 (cf. consid. 7 ci-avant).

11.2.3. Les actifs du Fonds de prévoyances ACSMS se montaient à CHF 64'125'662.- au 31 décembre 2010 (cf. DO PS 1-9/20092), à CHF 76'506'248.- au 31 décembre 2011 (cf. DO PS 1-9/20048), et à CHF 81'796'583.- au 31 décembre 2012 (cf. DO PS 1-9/20004), de sorte que les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd. représentaient respectivement 75.9 % en 2010, 81.35 % en 2011 et 81.25 % en 2012 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS (cf. DO PS 1-9/20117-20118, 20078 et 20034). Cette concentration importante des investissements en mains de P.\_\_\_\_\_ Ltd ne pouvait qu'entrer en conflit avec le principe de répartition appropriée des risques tel que prévu par l'art. 71 al. 1 LPP et l'art. 50 al. 3 OPP2 et les exigences relevées à cet égard par la réglementation, la doctrine et la jurisprudence. Les investissements effectués auprès de P.\_\_\_\_\_ Ltd auraient par conséquent dû soulever de nombreuses questions et investigations complémentaires de la part de l'organe de contrôle.

En procédant à une analyse plus fouillée, l'attention de l'organe de contrôle aurait été attirée sur les explications contradictoires données par O.\_\_\_\_\_ sur sa stratégie de placement lors de la séance du Conseil de fondation du 9 décembre 2009 déjà. A cette occasion, celui-ci a en effet d'abord précisé que *"le total des montants investis sont bloqués sur un seul partenaire"*, mais après l'intervention de l'expert en prévoyance professionnelle qui a attiré l'attention des membres du Conseil de fondation sur le fait que, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, un maximum de 10 % des placements pourraient être placés auprès d'un même débiteur, il a indiqué que *"les placements se feront sous forme de différents types d'actifs [...] Il faut retenir que N.\_\_\_\_\_ SA n'apparaîtra pas comme débiteur des investissements; il assurera un mandat de gestion discrétionnaire"* (cf. DO PS 19/22000). Cette dernière affirmation est certes exacte, mais l'explication selon laquelle tous les montants seraient bloqués sur un seul partenaire – à savoir P.\_\_\_\_\_ Ltd – devait interpeler l'organe de contrôle. En enquêtant sur cette société, il aurait découvert qu'il s'agissait d'une société anonyme ayant le statut de fonds de placement professionnel selon la législation des Îles Vierges Britanniques, destiné à des investisseurs institutionnels et spécialement qualifiés (cf. DO 7/12328), dont les actions sans droit de vote avaient été réparties en différentes catégories (cf. DO PS 45/32520-32521), à savoir Q.\_\_\_\_\_ (actions de classe "B", Q.\_\_\_\_\_ ; cf. DO 13/17822), R.\_\_\_\_\_ (action de classe "C", R.\_\_\_\_\_ ; cf. DO 13/14824), S.\_\_\_\_\_ (actions de classe "D", S.\_\_\_\_\_ ; cf. DO 13/14825), T.\_\_\_\_\_ (actions de classe "E", T.\_\_\_\_\_ ; cf. DO PS 50/32943), et U.\_\_\_\_\_ (actions de classe "F", U.\_\_\_\_\_ ; cf. DO 13/14827) et dont O.\_\_\_\_\_ était administrateur (cf. DO 13/14862) et seul détenteur des actions avec droit de vote (cf. DO 13/14863). L'organe de contrôle aurait alors pu et dû constater que le Fonds de prévoyance ACSMS était exposé à une importante concentration des investissements en mains d'un seul débiteur, celui-ci n'étant au surplus soumis à aucune

surveillance prudentielle et ne présentant aucune garantie que les valeurs de la fortune ainsi placée puissent être retirées au profit de l'investisseur en cas de faillite du placement collectif, comme exigé par l'art. 56 al. 2 let. c OPP2 (cf. aussi consid. 4.2.4 ci-avant).

Or, ce n'est que dans le cadre de la révision de l'exercice 2011, et par conséquent seulement après que l'expert I. \_\_\_\_\_ SA ait soulevé le problème dans son rapport d'expertise technique pour l'exercice 2010 du 25 novembre 2011 (cf. DO PS 60/36407-36447), que l'organe de contrôle a approfondi la question des investissements auprès de P. \_\_\_\_\_ Ltd (cf. DO PS 55). Il a ainsi relevé que la classification des fonds par V. \_\_\_\_\_ n'est pas identique à celle de W. \_\_\_\_\_ et que celui-ci « *met tout dans la catégorie Hedge Fund* » (cf. DO PS 55/34751) et noté qu'il n'y avait pas d'indication sur la composition des fonds. Contrairement à l'expert qui relève, dans un courrier du 26 juin 2012 (cf. DO PS 61/37028-37029), qu'une "*grande partie de la fortune du Fonds (75 % à fin 2010) est placée dans des fonds P. \_\_\_\_\_, de juridiction des Îles Vierges Britanniques*", et que les documents mis à disposition ne permettent pas d'avoir une vision claire de la nature de différents placements, l'organe de contrôle n'a en revanche procédé à aucune consolidation des placements du Fonds de prévoyance ACSMS auprès de P. \_\_\_\_\_ Ltd. L'inaction de l'organe de contrôle est d'autant plus incompréhensible que l'expert I. \_\_\_\_\_ SA avait clairement noté l'insuffisance de la documentation fournie par O. \_\_\_\_\_ et sollicité un feed-back de la Commission de placement et de l'organe de contrôle (cf. DO PS 55/34754).

Dans son rapport du 23 août 2011 pour l'exercice 2010, l'organe de contrôle avait certes relevé plusieurs dépassements de limites, à savoir que le fonds T. \_\_\_\_\_, avec 19.1 %, dépasse la limite de 10 % par débiteur, que le fonds S. \_\_\_\_\_, avec 13.2 %, dépasse celle de 5 % par participation, que le fonds U. \_\_\_\_\_, avec 31.6 % dépasse la limite de 5 % par objet immobilier. Seul le fonds Q. \_\_\_\_\_, avec 12 % reste en-deçà de la limite de 15 % pour les placements alternatifs (cf. DO PS 1-9/20118). L'attention des membres du Conseil de fondation a été attirée sur le fait que les limites de placement dépassent les normes de l'OPP2 (cf. DO PS 37/30497), mais aucune réserve formelle n'a été émise (cf. DO PS 1-9/20091). Le rapport de l'organe de contrôle du 28 juin 2012 pour l'exercice 2011 reprend la même classification, signale des dépassements de limites similaires (cf. DO PS 1-9/20078), et n'apporte à nouveau aucune réserve (cf. DO PS 1-9/20047). Or, une simple addition de tous les investissements auprès de P. \_\_\_\_\_ Ltd – telle qu'effectuée par M. \_\_\_\_\_ AG dès l'exercice 2013 (cf. DO 3/8051 et 8074) –, accompagné d'une réserve formelle apportée par l'organe de contrôle, aurait permis dès 2011, mais également en 2012, au Conseil de fondation de prendre conscience non seulement des risques importants qui avaient été pris, mais également de constater la présence d'une violation massive des limites prévues par l'OPP2. Cette omission de l'organe de contrôle est d'autant plus incompréhensible et grave que l'expert I. \_\_\_\_\_ SA avait soulevé le problème et informé le Fonds de prévoyance ACSMS qu'à défaut de recevoir des informations plus pertinentes, il aviserait l'autorité de surveillance (cf. DO PS 42/32103-32106, et DO PS 61/37028-37029). L'absence de réserve formelle lors de l'établissement du rapport de l'organe de contrôle pour l'exercice 2011 a par ailleurs conforté le Conseil de fondation dans son appréciation erronée des risques, A. \_\_\_\_\_ s'exprimant comme suit lors de la séance du 3 juillet 2012 : « *Au sujet de ce rapport, A. \_\_\_\_\_ tient à préciser que les conclusions de l'organe de contrôle contenues dans ce rapport annuel d'audit sont claires et précises et justifient l'attitude du Conseil au sujet des placements (choix du gérant de fortune et choix de ce dernier quant aux placements opérés). Il ajoute que les placements sont conformes au règlement de placement de notre Fonds et que certains dépassements des normes OPP2 sont possibles légalement pour autant qu'ils soient expliqués dans l'annexe aux comptes ou dans le rapport du gérant de fortune (ce qui est le cas).*

*Selon lui, l'actuaire a agi trop rapidement en s'adressant à l'Autorité de surveillance »* (cf. DO PS 38/30775).

Le rapport de l'organe de contrôle du 21 juin 2013 pour l'exercice 2012 maintient la même classification et signale les mêmes dépassements de limites, à savoir que le fonds T. \_\_\_\_\_, avec 16.92 %, dépasse la limite de 10 % par débiteur, que le fonds S. \_\_\_\_\_, avec 16.49 %, dépasse celle de 5 % par participation, que le fonds U. \_\_\_\_\_, avec 38.21 % dépasse la limite de 5 % par objet immobilier, le fonds Q. \_\_\_\_\_, avec 9.63 % restant en-deçà de la limite de 15 % pour les placements alternatifs (cf. DO PS 1-9/20034). L'organe de révision apporte cependant enfin une réserve formelle, tout en recommandant l'approbation des comptes: *"Malgré le fait que votre règlement de placement vous le permette, nous attirons votre attention sur le fait que certaines limites de placement selon les art. 54 et 55 OPP2 sont dépassées au 31 décembre 2012"* (cf. DO PS 1-9/20002 et 20003). Mais là encore, l'organe de contrôle n'a manifestement pas pris la mesure du dépassement effectif des limites et, par conséquent, des risques pris par l'institution de prévoyance. De plus, aucune mention des risques liés à la qualité des titres P. \_\_\_\_\_ Ltd ne figure dans le rapport de l'organe de contrôle, et cela alors même que, dans la feuille de route de la révision pour cet exercice (cf. DO PS 59/36098), le risque est signalé comme *« moyen »*, avec adjonction de l'indication manuscrite *« Qualité des titres P. \_\_\_\_\_ → risques ? »*.

12.2.4. S'agissant du contrôle de la loyauté dans la gestion de fortune selon l'art. 53 al. 5 LPP, aucun élément du dossier n'indique que l'organe de contrôle aurait, à un moment ou l'autre, analysé les liens unissant P. \_\_\_\_\_ Ltd, N. \_\_\_\_\_ SA et O. \_\_\_\_\_, et dans quelle mesure ces derniers bénéficiaient d'avantages financiers personnels au sens de l'art. 48g OPP2. Or, tel était manifestement le cas. Il ressort en effet des documents d'incorporation de P. \_\_\_\_\_ Ltd, dont il suffisait de demander la production, que O. \_\_\_\_\_ en est administrateur depuis le 27 septembre 2005 (cf. DO 13/14862) et unique détenteur des actions avec droit de vote dès le 1<sup>er</sup> avril 2008 (cf. DO 13/14863). Il semble dès lors évident que tout investissement dans les actions de P. \_\_\_\_\_ Ltd profite ou, à tout le moins, est susceptible de profiter à O. \_\_\_\_\_, directement ou indirectement. Selon le Registre du commerce, O. \_\_\_\_\_ était par ailleurs l'unique administrateur, avec signature individuelle, de N. \_\_\_\_\_ SA, avec laquelle le Fonds de prévoyance ACSMS avait conclu un contrat de placement discrétionnaire. Dans ces conditions, il incombait à N. \_\_\_\_\_ SA d'effectuer chaque année une déclaration conformément à l'art. 48g OPP2 afin de préciser si elle avait reçu des avantages patrimoniaux en rapport avec l'exercice de son activité pour l'institution de prévoyance et, le cas échéant, indiquer lesquels. Or, s'agissant de l'exercice 2009, le dossier de révision contient, en sus de la déclaration de loyauté (cf. DO PS 51/33375), une déclaration signée par O. \_\_\_\_\_ en date du 19 mai 2010, dans laquelle il rappelle que *« la société N. \_\_\_\_\_ SA perçoit des honoraires pour la création ou la collaboration à l'élaboration, la mise en place, la distribution de certains véhicules de placements. Certains de ces produits ont été sélectionnés par le Fonds de prévoyance et pourront l'être dans le futur »* (cf. DO PS 51/33376), mais la présence de ce document n'a suscité aucune question ni commentaire de la part de l'organe de contrôle.

Pour les exercices 2010 et 2011, aucune déclaration de loyauté ne figure au dossier et rien n'indique non plus que l'organe de contrôle aurait, à un moment donné, invité N. \_\_\_\_\_ SA ou O. \_\_\_\_\_ à effectuer une telle déclaration. On ne retrouve dans les documents de révision que les déclarations de loyauté des quatre membres de la Commission de placement pour l'exercice 2010 (cf. DO PS 53/34133-34145), et aucune déclaration de loyauté pour l'exercice 2011 (cf. DO PS 53). Enfin, pour l'exercice 2012, les documents de révision contiennent une déclaration

de loyauté signée le 21 juin 2013 par O. \_\_\_\_\_ pour N. \_\_\_\_\_ SA, mais il s'agit d'une photocopie et non d'un original et aucune des rubriques à choix n'a été cochée (cf. DO PS 58/35957-35958), ce qui devait à nouveau interpeler l'organe de contrôle et l'amener à poser des questions complémentaires.

On notera par ailleurs que le contrat de placement discrétionnaire des 8 et 12 mai 2009 indique clairement que la sélection des produits de placement peut inclure « *des instruments de placement bancaires non courants, émis par N. \_\_\_\_\_ SA et par des sociétés contrôlées ou créées directement ou indirectement par N. \_\_\_\_\_ SA* » (cf. DO PS 10/20450). En outre, dans la documentation fournie à l'organe de contrôle pour l'exercice 2011, on retrouve les fiches techniques des fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd S. \_\_\_\_\_, U. \_\_\_\_\_, Q. \_\_\_\_\_ et T. \_\_\_\_\_ (cf. DO PS 54/34724-34727), et elles mentionnent toutes N. \_\_\_\_\_ SA soit en qualité de société de gestion, soit en qualité de conseiller du fonds. Dans ces conditions, l'on ne saurait même pas retenir que la proximité entre le gestionnaire externe et les produits d'investissement s'était installée à l'insu de l'organe de contrôle.

11.2.5. Dans sa plaidoirie devant la Cour de céans, le mandataire de B. \_\_\_\_\_ a fait valoir que le travail de contrôle relatif à P. \_\_\_\_\_ Ltd incombait ni à l'organe de contrôle, ni au Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS, mais bien à V. \_\_\_\_\_. Il s'est référé à cet égard à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-645/2016 du 17 septembre 2018. Or, il ne saurait être suivi sur ce point, bien au contraire. En effet, selon cet arrêt, V. \_\_\_\_\_ n'avait « *pas le devoir de contrôler si les décisions d'investissement de la Fondation étaient conformes aux obligations auxquelles celle-ci était soumise, ni celui de la conseiller dans ses décisions d'allocation d'actifs et lui indiquer si elles étaient judicieuses* ». Le Tribunal administratif fédéral ajoute par ailleurs : « *Dans ce contexte, il convient également de relever que les rapports de révision de la Fondation avaient constaté des dépassements de limites en lien avec les dispositions en matière de placements mais pas relevé de manquements graves ou un risque d'insolvabilité. [...] Il en va de même du conflit d'intérêts dans lequel se trouvait le gestionnaire externe. La banque en était certes consciente et aurait dû le relever dans la documentation, ce d'autant plus qu'elle ne disposait pas d'une procuration. Ce comportement, dans le cadre d'une relation execution only, ne contrevient cependant pas au devoir d'identification des risques dans la mesure où la fondation ne pouvait ignorer le conflit d'intérêts* » (cf. arrêt TAF B-645/2016 du 17 septembre 2018 consid. 3.2.2.3).

11.2.6. En résumé, la Cour de céans retient que, durant la période soumise à son appréciation, à savoir le contrôle des exercices 2010, 2011 et 2012, l'organe de contrôle a mal évalué le risque inhérent aux placements effectués sous l'égide de O. \_\_\_\_\_ et de N. \_\_\_\_\_ SA. Ayant mal évalué ce risque, l'organe de contrôle n'a pas suffisamment approfondi ses vérifications, ni fait preuve d'une vigilance et d'une diligence accrue, alors que cette obligation lui incombait. L'organe de contrôle n'a ainsi, à aucun moment, attiré l'attention du Conseil de fondation sur le fait que les investissements dans les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd représentaient respectivement 75.9 % en 2010, 81.35 % en 2011 et 81.25 % en 2012 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS, réalité qu'une simple addition permettait de mettre à jour, ni sur le fait que cette concentration importante des investissements en mains d'un seul débiteur, P. \_\_\_\_\_ Ltd, ne pouvait qu'entrer en conflit avec le principe de répartition appropriée des risques tel que prévu par l'art. 71 al. 1 LPP et l'art. 50 al. 3 OPP2. Le problème était encore accentué par le fait que P. \_\_\_\_\_ Ltd, constituée selon la législation des Îles Vierges Britanniques, n'était soumise à aucune surveillance en Suisse, et était administrée par la personne qui bénéficiait d'un mandat de gestion discrétionnaire de la part du



Fonds de prévoyance ACSMS, ce qui était constitutif d'un conflit d'intérêts évident, mais n'a pas été relevé dans les rapports relatifs à ces exercices.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'organe de contrôle, dans son activité relative aux exercices 2010, 2011 et 2012, a gravement enfreint les obligations qui lui incombent. Une infraction au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP a donc bien été commise dans le cadre du contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS.

11.3.

11.3.1. La société J.\_\_\_\_\_ SA fonctionnait comme organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS depuis vingt ans lorsque le Conseil de fondation a décidé, le 16 janvier 2007, de renouveler le mandat, étant entendu que les personnes en charge du mandat seraient remplacées (cf. DO PS 19/22465, 22416 et DO PS 56/35150 et 35143-35144). De 2008 à 2012, à l'exception de l'année 2010, les rapports de révision ont été signés par K.\_\_\_\_\_, expert-réviseur agréé, et B.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20172, 20132, 20047 et 20003). Le rapport de révision pour 2010 a été signé par L.\_\_\_\_\_, expert-réviseur agréé, et B.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 1-9/20091). Les travaux de révision des comptes pour l'exercice 2010 ont été achevés le 30 juin 2011 et le rapport établi le 23 août 2011 (cf. DO PS 1-9/20090 et 20091); pour l'exercice 2011, les travaux de révision ont été achevés le 28 juin 2012 et le rapport déposé le même jour (cf. DO PS 1-9/20046-20047); enfin, pour l'exercice 2012, le rapport a été déposé le 21 juin 2013 (cf. DO PS 1-9/20003).

Selon le registre de l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision ASR, la société J.\_\_\_\_\_ SA disposait – à titre provisoire depuis le 4 février 2008, et à titre permanent depuis le 11 juin 2010 – de l'agrément en qualité d'expert-réviseur conformément à la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision, nécessaire pour assumer la fonction d'organe de contrôle d'une institution de prévoyance (cf. consid. 10.1 ci-avant). Il en allait de même de K.\_\_\_\_\_ – agréé depuis le 8 janvier 2008 – et L.\_\_\_\_\_ – agréée depuis le 31 octobre 2007 – qui ont signé, en qualité de réviseur responsable, les rapports de révision pour les exercices 2010 à 2012. Tant la société J.\_\_\_\_\_ SA que les experts-réviseurs précités présentaient donc a priori les compétences nécessaires pour procéder à la révision d'une institution de prévoyance.

11.3.2. Il ressort du dossier judiciaire que, d'entente entre le Conseil de fondation et J.\_\_\_\_\_ SA, la responsabilité du mandat incombait à B.\_\_\_\_\_ (cf. DO PS 56/35150). Cet état de fait se trouve par ailleurs confirmé par les déclarations des personnes concernées relatives à l'organisation effective de l'activité de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS. En effet, selon les explications données par B.\_\_\_\_\_ lui-même et K.\_\_\_\_\_, l'activité de révision relative au Fonds de prévoyance ACSMS était effectuée essentiellement par B.\_\_\_\_\_.

Le 19 janvier 2016, ce dernier a ainsi exposé : « *Pour répondre à votre question, concernant le travail de révision du Fonds de prévoyance ACSMS, deux personnes œuvrant chez J.\_\_\_\_\_ SA étaient impliquées dans cette révision. La révision était faite chez le client, par moi-même, suivant les années, et AC.\_\_\_\_\_ ou L.\_\_\_\_\_. Une fois que la révision était terminée chez le client, les notes de révision étaient présentées à l'interne chez J.\_\_\_\_\_ SA à l'expert-réviseur agréé qui était K.\_\_\_\_\_ ou L.\_\_\_\_\_. Ensuite, le rapport de révision était établi suite à ce contrôle interne* » (cf. DO 2a/300471). Le 4 octobre 2016, B.\_\_\_\_\_ a tenu le même discours : « *C'est comme je l'avais déjà expliqué dans ma première audition. On avait deux personnes de J.\_\_\_\_\_ SA qui étaient au front, c'est-à-dire chez le client. Moi, j'y étais à chaque fois. C'est là qu'on faisait la révision sur la base des pièces remises par l'administrateur du fonds.*

*Et une fois que cette révision chez le client était terminée, on présentait les notes à l'expert réviseur agréé responsable qui était en l'occurrence K.\_\_\_\_\_ ou L.\_\_\_\_\_, qui fait la synthèse du dossier » (cf. DO 2b/300695).*

Quant à K.\_\_\_\_\_, il a été plus précis : *« Pour toutes les années que vous avez citées [réd. 2008, 2009, 2011 et 2012], B.\_\_\_\_\_ s'occupait de l'opérationnel, à savoir fixer le programme de révision, faire la révision. Ensuite, on soumet le projet de rapport de révision et de bouclage qu'on discute ensemble. Ensuite, on signe les rapports si tout le monde est d'accord avec les conclusions. Pour répondre à votre question, lorsque je dis 'tout le monde', je veux dire B.\_\_\_\_\_ et moi-même »*. A la question de savoir qui préparait le programme de travail, il a exposé : *« S'il n'y a rien de spécial, c'est le réviseur qui s'occupe de cela et autrement on se concerta. Pour les années 2009 et suivantes, c'est B.\_\_\_\_\_ qui s'occupait de ce travail »* (cf. DO 2b/300686). S'agissant de la question de savoir de quelle manière et par qui l'évaluation des risques avait été effectuée, K.\_\_\_\_\_ a précisé : *« Je ne peux pas vous dire précisément. S'il y a un risque qui ressort, on le met dans les conclusions du rapport de révision. Pour répondre à votre question, c'est le réviseur qui rend attentif sur les éventuels risques inhérents qui existeraient. Pour répondre à votre question, B.\_\_\_\_\_ ne m'a pas rendu attentif à un tel risque en 2009 »* (cf. DO 2b/300687).

11.3.3. Ce qui précède conduit à imputer à B.\_\_\_\_\_, qui a participé à toutes les activités de contrôle conjointement à l'expert-réviseur agréé, et qui en a assumé la responsabilité principale sur le terrain, pour l'activité relative aux exercices 2010, 2011 et 2012, la violation grave des obligations incombant à l'organe de révision. Dès lors qu'il n'a pas la qualité pour se rendre coupable comme auteur principal de l'infraction prévue à l'art. 76 al. 5 LPP, il doit par conséquent être condamné pour complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 en relation avec l'art. 53 LPP et l'art. 52c LPP.

## 12. Quotité de la peine et sursis

Etant donné que l'appel est admis sur la question de la culpabilité, il appartient à la Cour de fixer librement la peine devant être infligée au prévenu. Le Ministère public conclut quant à lui au prononcé d'une peine de 210 jours-amende, montant unitaire à dire de justice.

12.1. Aux termes de l'art. 76 al. 5 LPP, est puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de CHF 30'000.- au plus celui qui, en tant que titulaire ou membre d'un organe de contrôle, aura gravement enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 53 LPP. La conversion de cette sanction au système de sanctions du Code pénal doit se faire en application de l'art. 333 al. 2 CP (cf. PC CP, 2<sup>e</sup> éd. 2017, art. 333 n. 10). L'emprisonnement pour six mois au plus est par conséquent remplacé par une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 333 al. 2 let. b CP; PC CP, art. 333 n. 11; TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter [éd.], Commentaire LPP, 2010, art. 76 n. 63).

Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur; il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier, ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de

l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ("*objektive Tatkomponente*"). Dans ce cadre, le juge tiendra compte également du mode d'exécution et, éventuellement, de la durée ou la répétition des actes délictueux. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ("*subjektive Tatkomponente*"), de même que la liberté de décision dont il disposait au moment d'agir ; plus il aurait été possible de respecter la loi, plus grave apparaît alors sa décision de la violer. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ("*Täterkomponente*"), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; arrêt TF 6B\_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1 et les références citées).

S'agissant d'un délit dont la punissabilité est fondée en raison d'un devoir particulier de l'auteur et dès lors que le prévenu ne disposait pas, à titre personnel, de l'agrément en qualité d'expert-réviseur tel qu'exigé par les dispositions applicables, il y aura par ailleurs lieu d'atténuer la peine en application de l'art. 26 CP (cf. consid. 10.1 et 10.3 ci-avant).

Par ailleurs, aux termes de l'art. 48 let. e CP, le juge atténue la peine si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle. L'effet guérisseur du temps écoulé, qui rend moindre la nécessité de punir, doit aussi pouvoir être pris en considération lorsque la prescription n'est pas encore acquise, si l'infraction est ancienne et si le délinquant s'est bien comporté dans l'intervalle. Cela suppose qu'un temps relativement long se soit écoulé depuis l'infraction, condition qui est en tout cas réalisée lorsque les deux tiers du délai de prescription de l'action pénale sont écoulés. Le juge peut toutefois réduire ce délai pour tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction. Pour déterminer si l'action pénale est proche de la prescription, le juge doit se référer à la date à laquelle les faits ont été souverainement établis. Lorsque le condamné a fait appel, il faut ainsi prendre en considération le moment où le jugement de seconde instance a été rendu dès lors que ce moyen de recours a un effet dévolutif (cf. ATF 140 IV 145 consid. 3.1).

12.2. En l'espèce, B.\_\_\_\_\_ est reconnu coupable de complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011) et l'art. 26 CP pour les faits relatifs au contrôle de l'exercice 2010, et de complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 52c LPP (version entrée en vigueur le 1er août 2011) et l'art. 26 CP pour les faits relatifs au contrôle des exercices 2011 et 2012. Cette infraction est sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La culpabilité du prévenu doit être qualifiée de relativement lourde. Durant la période soumise à l'appréciation de la Cour de céans, à savoir le contrôle des exercices 2010, 2011 et 2012, il a en effet mal évalué le risque inhérent aux placements effectués sous l'égide de O.\_\_\_\_\_ et de N.\_\_\_\_\_ SA. Ayant mal évalué ce risque, il n'a pas suffisamment approfondi ses vérifications, ni fait preuve d'une vigilance et d'une diligence accrue, alors que cette obligation lui incombait. Il n'a ainsi, à aucun moment, attiré l'attention du Conseil de fondation sur le fait que les investissements dans les fonds P.\_\_\_\_\_ Ltd représentaient respectivement 75.9 % en 2010, 81.35 % en 2011 et 81.25 % en 2012 des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS, ni sur le fait que cette concentration importante des investissements en mains d'un seul débiteur, P.\_\_\_\_\_ Ltd, ne pouvait qu'entrer en conflit avec le principe de répartition appropriée des

risques. Il n'a pas non plus relevé, à l'attention du Conseil de fondation, le fait que P. \_\_\_\_\_ Ltd était administrée par O. \_\_\_\_\_, qui bénéficiait d'un mandat de gestion discrétionnaire de la part du Fonds de prévoyance ACSMS, ce qui était constitutif d'un conflit d'intérêts évident. Le prévenu a ainsi négligé ses obligations élémentaires de contrôle.

Au plan subjectif, il y a lieu de retenir que B. \_\_\_\_\_ ne bénéficiait pas des qualifications indispensables à la bonne exécution du mandat d'organe de contrôle puisqu'il n'avait pas l'agrément en qualité d'expert-réviseur. C'est donc par incompetence qu'il n'a pas contrôlé de manière adéquate l'activité du gestionnaire externe et évalué les placements effectués par celui-ci. Il n'était par ailleurs pas aidé à cet égard par respectivement K. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_, experts-réviseurs responsables principaux du mandat d'organe de contrôle du Fonds de prévoyance ACSMS, qui semblent s'être limités à signer les rapports que leur présentait le prévenu, sans poser la moindre question ni sur la concentration des risques envers P. \_\_\_\_\_ Ltd (cf. art. 50 al. 3 OPP2), ni sur le conflit d'intérêts potentiel dû au fait que P. \_\_\_\_\_ Ltd était entièrement aux mains du gestionnaire externe O. \_\_\_\_\_ (cf. art. 48h en lien avec art. 48f al. 1 et 48g OPP2). Il convient de noter par ailleurs que, pour 2011 et 2012, les relevés de V. \_\_\_\_\_ pouvaient le conforter dans son appréciation erronée en matière de répartition des risques puisque les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd y figuraient en qualité de fonds obligataires, immobiliers, en actions et alternatifs, ce qui laissait à penser qu'ils étaient bien diversifiés (cf. consid. 4.4.3 ci-avant).

S'agissant des facteurs liés à l'auteur, il y a lieu de retenir que B. \_\_\_\_\_ ne remplit pas lui-même les conditions personnelles du délit, mais y a néanmoins participé de manière importante, de sorte qu'il doit être condamné en qualité de complice, ce qui entraîne une atténuation obligatoire de la peine selon les art. 26 et 48a CP. Enfin, la Cour de céans prend en considération l'ancienneté des faits dès lors que, s'il fallait les juger en première instance aujourd'hui, ils seraient proches de la prescription, voire partiellement prescrits.

Au vu de ce qui précède, il convient de condamner le prévenu à une peine pécuniaire de 210 jours-amende.

Le montant du jour-amende est calculé en fonction de la situation financière du prévenu telle que décrite en première instance (cf. DO TPE/13080-13086) et devant la Cour d'appel pénal (cf. courrier de Me Jean-Christophe a Marca du 15 mai 2019 et p.-v. du 5 juin 2019 p. 14), soit ses revenus professionnels de CHF 27'529.- net par mois et le rendement de sa fortune de CHF 21'322.- par mois, soit un montant total de CHF 48'851.-, desquels doivent être déduits 30 % correspondant aux dépenses quotidiennes strictement nécessaires, ainsi que 15 % pour les charges relatives à son épouse, qui n'exerce qu'une activité lucrative accessoire, et son fils, né en 1996 et encore à sa charge, pour arriver à un solde mensuel de CHF 23'937.-, équivalant à un disponible journalier arrondi à CHF 800.-. Le montant du jour-amende est donc fixé à CHF 800.-.

12.3. L'art. 42 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus, lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1).

En l'espèce, le prévenu n'a aucun antécédent et n'a plus occupé la justice depuis les faits, de sorte qu'un pronostic favorable doit être posé quant à son comportement futur. Partant, la peine prononcée ce jour sera assortie du sursis, le délai d'épreuve pouvant être fixé au minimum légal de 2 ans (art. 44 al. 1 CP), comme requis par le Ministère public.

### 13. Frais et indemnités

13.1. Les frais d'appel sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). Lorsqu'une partie qui interjette un recours obtient une décision qui lui est plus favorable, les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge notamment lorsque la modification de la décision est de peu d'importance (cf. art. 428 al. 2 let. b CPP). Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises (cf. arrêt TF 6B\_438/2013 du 18 juillet 2013 consid. 2.4). Lorsqu'une partie obtient gain de cause sur un point mais succombe sur un autre, le montant des frais à mettre à sa charge dépend de manière déterminante du travail nécessaire à trancher chaque point (cf. arrêt TF 6B\_472/2018 du 22 août 2018 consid. 1.2).

En l'espèce, en ce qui concerne B. \_\_\_\_\_, le Ministère public obtient gain de cause sur le principe d'une condamnation mais succombe quant à l'étendue des infractions retenues à l'encontre du prévenu. En outre, cette condamnation repose sur une extension du renvoi au sens de l'art. 344 CPP décidé par la Cour d'appel pénal à la suite d'une requête du Ministère public lors de l'audience du 5 juin 2019 seulement. Dans ces conditions et compte tenu du fait que la charge de travail nécessaire pour trancher la question de la condamnation pour l'infraction finalement retenue a été bien plus importante que celle relative au classement, en raison de la prescription, des infractions antérieures au contrôle de l'exercice 2010, il se justifie de mettre les frais de la procédure d'appel à charge du prévenu à raison des trois quarts, le solde étant laissé à la charge de l'Etat de Fribourg. Ils sont fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.-; débours fixés forfaitairement: CHF 200.-) pour la procédure le concernant.

13.2. Si elle rend une nouvelle décision, l'autorité d'appel se prononce également sur les frais fixés par l'autorité inférieure (art. 428 al. 3 CPP). De plus, indépendamment de tout acquittement ou condamnation, le Ministère public conclut à ce que les frais de la procédure de première instance soient mis à la charge du prévenu.

Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné. Lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci (art. 426 al. 2 CPP). La répartition des frais de procédure repose sur le principe, selon lequel celui qui a causé les frais doit les supporter. Ainsi, le prévenu doit supporter les frais en cas de condamnation, car il a occasionné, par son comportement, l'ouverture et la mise en œuvre de l'enquête pénale. Si sa condamnation n'est que partielle, les frais ne doivent être mis à sa charge que de manière proportionnelle, en considération des frais liés à l'instruction des infractions pour lesquelles un verdict de culpabilité a été prononcé. Il s'agit de réduire les frais, sous peine de porter atteinte à la présomption d'innocence, si le point sur lequel le prévenu a été acquitté a donné lieu à des frais supplémentaires. Comme il est difficile de déterminer avec exactitude les frais qui relèvent de chaque fait imputable ou non au condamné, une certaine marge d'appréciation doit être laissée au juge (cf. arrêt TF 6B\_572/2018 du 1<sup>er</sup> octobre 2018 consid. 5.1.1). Dans le cas d'une condamnation partielle, le prévenu ne peut ainsi être entièrement condamné aux frais de procédure que si les infractions qui lui sont reprochées sont étroitement et directement liées entre elles et si tous les actes d'instruction étaient nécessaires pour chaque chef de prévention (cf. arrêt TF 6B\_904/2015 du 27 mai 2016 consid. 7.4).

En l'espèce, dans son acte d'accusation du 28 août 2017, le Ministère public avait conclu à la condamnation de B. \_\_\_\_\_ pour délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP pour les années 2008 à 2013. Par le présent arrêt, le prévenu est reconnu coupable de complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP pour les contrôles relatifs aux exercices 2010, 2011 et 2012, le classement pour les faits antérieurs à l'expertise relative à l'exercice 2010 étant confirmé. S'agissant de l'instruction de la cause, elle a porté d'emblée, à savoir dès le 19 août 2015, sur le chef de prévention de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP, pour n'avoir pas remarqué qu'une partie très importante des avoirs du Fonds de prévoyance ACSMS était placée auprès du même débiteur, P. \_\_\_\_\_ Ltd, et ce dès 2008 (cf. DO 2e/5020, DO 2a/300091). Les actes d'instruction effectués ont dès lors porté sur l'ensemble de l'activité exercée par J. \_\_\_\_\_ SA auprès du Fonds de prévoyance ACSMS et ont été, par conséquent, indispensables pour pouvoir juger dans quelle mesure la responsabilité de cette société et du prévenu, était engagée pour l'activité d'organe de contrôle. Dans ces conditions, il est impossible de déterminer avec exactitude les frais qui relèveraient de l'instruction de chaque fait imputable ou non au prévenu. Il est en particulier impossible de déterminer si l'infraction pour laquelle la procédure a été classée en raison de la prescription a donné lieu à des frais supplémentaires.

Au vu de ce qui précède, il se justifie de mettre à la charge de B. \_\_\_\_\_ l'intégralité des frais de première instance le concernant. S'agissant du montant des frais de procédure de première instance relatif à ce prévenu, répartition à laquelle les premiers juges n'ont pas procédé, il sera fixé à CHF 15'000.-.

13.3. Le Ministère public critique l'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure d'un montant net de CHF 140'381.35 en capital qui a été octroyée à B. \_\_\_\_\_ pour la procédure de première instance et conclut au refus de toute indemnité.

Aux termes de l'art. 429 al. 1 CPP, qui est également applicable en appel (cf. art. 436 al. 1 CPP), si le prévenu est acquitté totalement ou en partie, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (let. a), une indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale (let. b) ainsi qu'une réparation du tort moral subi en raison d'une atteinte particulièrement grave à sa personnalité, notamment en cas de privation de liberté (let. c). En vertu de l'art. 430 al. 1 let. a CPP, l'autorité pénale peut réduire ou refuser l'indemnité ou la réparation du tort moral lorsque le prévenu a provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure ou a rendu plus difficile la conduite de celle-ci. L'art. 430 al. 1 let. a CPP est le pendant de l'art. 426 al. 2 CPP en matière de frais. Une mise à charge des frais selon l'art. 426 al. 1 et 2 CPP exclut en principe le droit à une indemnisation. La question de l'indemnisation doit être tranchée après la question des frais. Dans cette mesure, la décision sur les frais préjuge de la question de l'indemnisation. Il en résulte qu'en cas de condamnation aux frais, il n'y a pas lieu d'octroyer de dépens ou de réparer le tort moral (ATF 137 IV 352 consid. 2.4.2; arrêt TF 6B\_548/2018 du 18 juillet 2018 consid. 1.1.2). Lorsque la condamnation aux frais n'est que partielle, la réduction de l'indemnité devrait s'opérer dans la même mesure. En revanche, si l'Etat supporte les frais de la procédure pénale, le prévenu dispose d'un droit à une indemnité pour ses frais de défense et son dommage économique ou à la réparation de son tort moral selon l'art. 429 CPP; dans ce cas, il ne peut être dérogé au principe du droit à l'indemnisation qu'à titre exceptionnel (cf. arrêt TF 6B\_548/2018 du 18 juillet 2018 consid. 1.1.2).

Le droit à l'indemnisation est ouvert dès que des charges pesant sur le prévenu ont été abandonnées. L'abandon des charges pesant sur le prévenu peut être total ou partiel. Dans ce dernier cas, les autorités pénales doivent avoir renoncé à poursuivre le prévenu ou à le condamner pour une partie des infractions envisagées ou des faits retenus dans l'acte d'accusation et ces infractions ou ces faits doivent être à l'origine des dépenses et des dommages subis par le prévenu. L'indemnité sera due si les infractions abandonnées par le tribunal revêtent, globalement considérées, une certaine importance et que les autorités de poursuite pénale ont ordonné des actes de procédure en relation avec les accusations correspondantes (cf. arrêt TF 6B\_572/2018 du 1<sup>er</sup> octobre 2018 consid. 5.1.3).

En l'espèce, les frais de la procédure de première instance ont été mis à la charge du prévenu en application de l'art. 426 CPP. La procédure a certes abouti au classement partiel des charges pesant sur le prévenu, mais les infractions abandonnées ne revêtent pas, globalement considérées, une importance déterminante. En outre, ces accusations n'ont pas donné lieu à des actes de procédures qui eussent été inutiles au regard de l'infraction finalement retenue. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de lui accorder d'indemnité selon l'art. 429 CPP, à quelque titre que ce soit. Toutes ses demandes y relatives doivent par conséquent être rejetées. L'appel du Ministère public sera admis sur ce point.

13.4. Pour la procédure d'appel, B.\_\_\_\_\_ requiert l'allocation d'une indemnité au sens des art. 429 et 436 CPP pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure.

S'agissant de la jurisprudence relative aux art. 429 et 436 CPP, il est renvoyé au consid. 5.2 ci-avant.

En l'espèce, les frais de la procédure d'appel ayant été mis à la charge de l'Etat de Fribourg à raison d'un quart, B.\_\_\_\_\_ est en droit de prétendre à l'allocation d'une indemnité réduite pour ses frais de défense (art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP). Conformément à l'art. 75a al. 2 RJ, la fixation des honoraires et débours d'avocat dus au titre d'indemnité a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. En effet, pour la procédure d'appel, il n'y a pas lieu d'appliquer le tarif horaire de CHF 350.- retenu pour l'instruction et la procédure de première instance, la complexité du cas en appel ne dépassant pas ce qui est usuel et le mandataire ayant assisté le prévenu dès les premières heures de la procédure et connaissant par conséquent parfaitement le dossier.

Me Jean-Christophe a Marca a produit une liste de frais qui fait état de près de 35 heures pour la défense de B.\_\_\_\_\_, auxquelles il y a lieu d'ajouter encore le temps relatif aux audiences de la Cour par 15 heures, soit un total de 50 heures. Cette liste de frais paraît toutefois excessive et doit être réduite globalement de 10 heures, la liste comportant de nombreuses opérations relevant de la simple gestion administrative ou alors inutiles, redondantes et répétitives, notamment de nombreuses conférences téléphoniques avec les mandataires des autres prévenus. Un total de 40 heures sera dès lors retenu, ce qui représente des honoraires à hauteur de CHF 10'000.-. Il faut y ajouter les débours, qui peuvent être arrêtés forfaitairement à CHF 500.- (5 % de CHF 10'000.-), les trois vacations par CHF 90.-, et la TVA, par CHF 815.45 (7.7 % de CHF 10'590.-), soit un montant total de CHF 11'405.45.

Partant, le montant total de l'indemnité réduite octroyée à B.\_\_\_\_\_ est arrêté à CHF 2'851.35 (CHF 11'405.45 : 4).

En application de l'art. 442 al. 4 CPP, cette indemnité sera compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge du prévenu.

V. C. \_\_\_\_\_

14. Prescription

Le Tribunal pénal économique a prononcé le classement, en raison de la prescription de l'action pénale, de l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP, et de celle d'infraction au sens de l'art. 77 al. 1 et 2 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 LPP et 53 LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011. Le Ministère public conteste ce classement au motif que l'activité d'expert en matière de prévoyance professionnelle est une activité qui s'exerce sur la durée, de sorte que la prescription n'a commencé à courir que le 27 avril 2011, lorsque le mandat de la société G. \_\_\_\_\_ SA a pris fin.

14.1. En ce qui concerne les règles sur la prescription et l'unité naturelle d'actions, il peut être renvoyé aux consid. 1.6.1 et 2.2 ci-avant.

14.2.

14.2.1. Aux termes de l'art. 53 al. 2 LPP, dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, l'institution de prévoyance charge un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (let. a), et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (let. b). Dans le cadre de la réforme structurelle (cf. Message concernant la révision de la LPP [Réforme structurelle] du 15 juin 2007, FF 2007 5381, et RO 2011 3393), l'art. 53 LPP a été abrogé et remplacé par de nouvelles dispositions plus précises. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle figurent ainsi à l'art. 52e LPP (cf. RO 2011 3393, 3405). Cette disposition prévoit que l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (let. a), et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales (let. b).

Sous l'empire du texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, le Tribunal fédéral a relevé que, bien que l'utilisation conjointe des termes de "*périodiquement*" et de "*en tout temps*" présente une certaine ambigüité, on ne peut pas dire que l'art. 53 al. 2 let. a LPP n'exige qu'une activité ponctuelle et spécifique, un examen périodique ne fournissant pas une garantie suffisante que l'institution de prévoyance peut assurer qu'elle s'acquittera de ses obligations en tout temps. Le but de cette disposition est ainsi (également) de veiller de manière continue à la sécurité financière de l'institution (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.2). Dans l'affaire dont le Tribunal fédéral était saisi, il découlait du contrat conclut entre l'expert et l'institution qu'ils avaient conclu un engagement de durée qui avait pour objet le contrôle courant de la sécurité financière de l'institution de prévoyance (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.3).

14.2.2. La jurisprudence précitée a soulevé une certaine inquiétude au sein des milieux de la prévoyance professionnelle. En réponse à une interpellation Parmelin du 11 juin 2015 (Interpellation 15.3555, Responsabilité de l'expert en prévoyance professionnelle. Des



clarifications semblent nécessaires), le Conseil fédéral s'est dit prêt à apporter les précisions nécessaires à ce sujet dans le cadre des travaux en cours relatifs à un projet de modernisation de la surveillance des assurances sociales. Dans un texte mis en consultation en 2017, il a ainsi proposé de limiter les tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle afin qu'il examine, d'un point de vue actuariel, si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements et qu'à cet effet, il calcule chaque année les capitaux de prévoyance, les réserves techniques et le taux de couverture de l'institution (cf. Consultation sur la modernisation de la surveillance dans le 1<sup>er</sup> pilier et son optimisation dans le 2<sup>ème</sup> pilier, publié par l'Office fédéral des assurances sociales, ch. 5.1 et 6.2, [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch), rubrique Publications & Services/Législation en préparation/Procédures de consultation; art. 52e al. 1 let. a P-LPP [consulté le 11 juin 2019]) et établit périodiquement, mais au moins tous les trois ans, un rapport actuariel (art. 52e al. 1 let. b P-LPP). Ce projet précisait que l'examen de l'expert en matière de prévoyance professionnelle est réalisé d'un point de vue actuariel, que la compétence de l'expert se limite exclusivement à l'examen des passifs de nature actuarielle, qu'il ne doit pas examiner la valeur ou l'existence des actifs de l'institution de prévoyance, et qu'il n'est pas tenu d'exercer une fonction de contrôle durant tout l'année et de façon générale, l'examen annuel et l'examen périodique étant des activités ponctuelles.

De son côté, la doctrine a tenté de restreindre la portée de la jurisprudence en relevant qu'elle se rapportait au texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 et qu'elle se rapportait à un cas particulier, de sorte que la thèse selon laquelle l'expert et l'institution de prévoyance sont liés de manière générale par une relation de durée serait juridiquement dépassée et non obligatoire (cf. GLANZMANN-TARNUTZER, *Neuere Rechtsprechung zur BVG-Haftung*, in AJP 2017 1461, 1463-1464; SCHNEIDER, *Avis de droit à l'attention de C. \_\_\_\_\_* du 2 février 2018, DO TPE/15240 ss, n. 53 et 57).

14.2.3. Cette appréciation politique et doctrinale ne peut cependant être suivie. En effet, le projet précité du Conseil fédéral n'a pas abouti, en l'état, à une modification de la législation, ni même à une proposition soumise au Parlement. Par ailleurs, si la précision "*en tout temps*" a certes été supprimée dans le cadre de la réforme structurelle LPP entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012, la principale raison pour laquelle le législateur a décidé de renoncer à cette précision n'était pas son ambiguïté conceptuelle, mais l'introduction d'une disposition autorisant un découvert temporaire (cf. Message concernant la révision de la LPP [Réforme structurelle] du 15 juin 2007, FF 2007 5381, 5413; ATF 141 V 71 consid. 6.1.2). Dans ces conditions, il convient de s'en tenir à l'opinion exprimée par le Tribunal fédéral dans la jurisprudence précitée et de retenir que la tâche de l'expert en matière de prévoyance professionnelle est (également) de veiller de manière continue à la sécurité financière de l'institution (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.2). Il importe peu à cet égard qu'en l'espèce, selon le relevé des honoraires présenté au Conseil de fondation lors de sa séance du 16 septembre 2009 (cf. DO PS 19/22055 et 22081), la facturation des travaux d'expertise actuarielle a été effectuée ponctuellement et non mensuellement (cf. aussi DO 2c/301400-3014002).

Dans la mesure où l'activité de l'expert en matière de prévoyance professionnelle s'est matérialisée en l'espèce par le dépôt d'un rapport annuel d'expertise ou de bilan technique (cf. DO PS 60/36448, 36495, 36510, 36527, et DO PS 23/23900), il convient en revanche d'admettre que, si l'activité d'expert en elle-même ne s'épuise pas en un acte unique et s'étend sur une certaine durée, chaque expertise périodique, et les analyses qui s'y rapportent, constituent un acte séparé, distinct de l'expertise de la période précédente ou de la période suivante. Si au sein de l'expertise relative à une période, il convient de retenir une unité naturelle d'actions, tel ne

saurait donc plus être le cas pour l'expertise relative à la période suivante. Il faut par conséquent admettre qu'avec chaque dépôt de rapport d'expertise ou de bilan technique, une nouvelle unité naturelle d'actions, et par conséquent un nouveau délai de prescription, commence à courir.

14.3. L'acte d'accusation du 28 août 2017 distingue deux phases de l'activité de la prévenue, à savoir la période durant laquelle elle a exécuté personnellement le mandat d'expert, à savoir jusqu'en avril 2009, et celle durant laquelle H. \_\_\_\_\_, employé de la société G. \_\_\_\_\_ SA, a été en charge du mandat d'expert, à savoir d'avril 2009 au 27 avril 2011, période pour laquelle il est reproché à C. \_\_\_\_\_ d'avoir failli à ses obligations de contrôle envers son employé.

S'agissant de la première phase, qui s'est achevée par le dépôt, le 25 juin 2009, du rapport d'expertise sur l'exercice 2008 (cf. DO PS 60/36448-36471), force est de constater que cette activité, et les infractions qui l'ont éventuellement affectée, sont antérieures au 20 mars 2011 et qu'elles étaient donc prescrites lorsque le Tribunal pénal économique a rendu son jugement.

En ce qui concerne la seconde phase, elle a impliqué le dépôt, le 26 mai 2010, du bilan technique pour l'exercice 2009 (cf. DO PS 23/23900-23911). Compte tenu de ce qui a été exposé ci-avant, là encore l'on doit conclure que cette activité, et les infractions qui l'ont éventuellement affectée, sont antérieures au 20 mars 2011 et qu'elles étaient donc prescrites lorsque le Tribunal pénal économique a rendu son jugement. Il en va en revanche différemment de l'activité d'expert relative à l'exercice 2010. Aucun rapport d'expertise, ni bilan technique, n'a certes été déposé pour cet exercice dès lors que le mandat a été résilié par courrier du 27 avril 2011 avec effet immédiat (cf. DO 6b/9481). Mais, dans la mesure où ce mandat était encore en cours après le 20 mars 2011, toutes les activités y relatives n'étaient par conséquent pas prescrites lorsque le Tribunal pénal économique a rendu son jugement.

Il convient de rectifier le dispositif du jugement attaqué dans ce sens (ch. II.1 du dispositif du jugement attaqué).

## 15. *Principe de la légalité*

En ce qui concerne le principe de la légalité en général, il peut être renvoyé au consid. 8.1 ci-avant, qu'il convient de compléter comme suit s'agissant de l'expert en matière de prévoyance professionnelle.

Le texte de l'art. 76 al. 5 LPP, en se référant aux obligations qui incombent à l'expert en matière de prévoyance professionnelle "*en vertu de l'art. 53*" LPP, se réfère à une disposition qui, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, était abrogée. Or, le Message qui accompagnait le projet de loi abrogeant l'art. 53 LPP, précisait expressément que "*l'art. 53 peut être abrogé, car ces dispositions sont remplacées par celles des nouveaux art. 52a à 52e*" (cf. FF 2007 5381, 5414), ce qui indique bien que le législateur n'entendait pas supprimer les obligations incombant à l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Les obligations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle énumérées à l'art. 52e LPP sont par ailleurs presque identiques à celles qui figuraient précédemment à l'art. 53 al. 2 LPP, seule la référence à une garantie "*en tout temps*" ayant été supprimée. Cette suppression était motivée principalement par l'introduction d'une disposition autorisant un découvert temporaire (cf. consid. 12.2.3 ci-avant). Si le législateur avait effectivement voulu supprimer toute sanction pénale à l'encontre de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, il lui aurait suffi d'abroger l'art. 76 al. 5 LPP.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, date de l'entrée en vigueur de l'art. 52e LPP (cf. RO 2011 3393, 3405), la référence, à l'art. 76 al. 5 LPP, aux obligations incombant à l'expert en matière de prévoyance professionnelle en vertu de l'art. 53 LPP, doit être comprise comme se référant aux obligations incombant à l'expert en matière de prévoyance professionnelle en vertu de l'art. 52e LPP, sans que cela ne viole pour autant le principe de légalité.

## 16. Droit applicable

En ce qui concerne le droit applicable et le principe de la *lex mitior* en général, il y a lieu de se référer au consid. 1.6 ci-avant.

S'agissant de C. \_\_\_\_\_, le Tribunal pénal économique a considéré que le nouveau droit est plus favorable à la prévenue et l'a appliqué à l'ensemble des faits qui lui étaient reprochés dans la mesure où ils n'étaient pas prescrits. Le Ministère public de son côté, qui retient une unité naturelle d'actions pour l'ensemble des faits reprochés à la prévenue, estime que, le nouvel art. 52e LPP étant plus exhaustif que l'art. 53 LPP qu'il remplace, l'ancien droit est plus favorable.

Or, aucune de ces thèses ne peut être suivie. En effet, ainsi qu'on l'a vu (cf. consid. 14.2.3 ci-avant), il ne peut y avoir unité naturelle d'actions qu'au sein de l'expertise relative à un exercice comptable et non pour l'ensemble des activités d'expert en matière de prévoyance professionnelle exercées par la prévenue en lien avec le Fonds de prévoyance ACSMS. La question de la *lex mitior* ne peut donc se poser qu'en ce qui concerne l'activité d'expert relative à l'exercice 2010 (cf. consid. 14.3 ci-avant).

Aux termes de l'art. 53 al. 2 LPP, dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, l'institution de prévoyance charge un expert agréé en matière de prévoyance professionnelle de déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements, et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les tâches de l'expert en matière de prévoyance professionnelle figurent à l'art. 52e LPP. Cette disposition prévoit que l'expert en matière de prévoyance professionnelle examine périodiquement si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements, et si les dispositions réglementaires de nature actuarielle et relatives aux prestations et au financement sont conformes aux prescriptions légales. Les obligations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle énumérées à l'art. 52e LPP sont ainsi presque identiques à celles qui figuraient précédemment à l'art. 53 al. 2 LPP, seule la référence à une garantie "*en tout temps*" ayant été supprimée. Compte tenu des raisons qui ont présidé à cette suppression (cf. consid. 14.2.3 ci-avant), force est de constater que, pour l'étendue de l'activité de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, elle n'a aucune incidence, de sorte que la question de la *lex mitior* ne se pose pas. Dans ces conditions, en ce qui concerne l'activité d'expert relative à l'exercice 2010 et jusqu'à la résiliation du mandat en date du 27 avril 2011, il y a lieu de s'en tenir aux exigences de l'art. 53 al. 2 LPP dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 au titre de la loi la plus favorable.

17. *Responsabilité de l'employeur selon l'art. 77 al. 2 et 3 LPP pour l'infraction au sens de l'art. 76 al. 5 LPP commise par l'expert en matière de prévoyance professionnelle*

Le Ministère public reproche aux premiers juges d'avoir acquitté C. \_\_\_\_\_ au motif qu'elle n'avait aucunement une position de garant s'agissant de l'activité exercée par H. \_\_\_\_\_, employé de la société G. \_\_\_\_\_ SA, pendant la période durant laquelle il a été en charge du mandat d'expert, soit d'avril 2009 au 27 avril 2011. Comme exposé ci-avant (cf. consid. 14.3), l'activité relative à la période achevée par le dépôt, le 26 mai 2010, du bilan technique pour l'exercice 2009, était prescrite lorsque le Tribunal pénal économique a rendu son jugement. Seule reste donc à examiner ce qu'il en est en lien avec l'activité d'expert relative à l'exercice 2010.

17.1. Aux termes de l'art. 76 al. 5 LPP, est puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de CHF 30'000.- au plus celui qui, en tant qu'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle, aura gravement enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 53 LPP. La conversion de cette sanction au système de sanctions du Code pénal doit se faire en application de l'art. 333 al. 2 CP (cf. PC CP, art. 333 n. 10). L'emprisonnement pour six mois au plus est par conséquent remplacé par une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 333 al. 2 let. b CP; PC CP, art. 333 n. 11; TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter [éd.], Commentaire LPP, 2010, art. 76 n. 63).

Selon l'art. 77 al. 2 LPP, le chef d'entreprise ou l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur. Lorsque le chef d'entreprise ou l'employeur est une personne morale, la disposition précitée s'applique aux organes et à leurs membres (cf. art. 77 al. 3 LPP). L'art. 77 al. 2 LPP fonde une responsabilité pénale spéciale qui a pour but d'inciter les employeurs et autres responsables à exercer leur devoir de surveillance de façon consciencieuse (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 12). Il doit exister entre le chef d'entreprise et l'auteur de l'infraction un rapport contractuel direct, en vertu duquel le premier est le supérieur hiérarchique du second, ou qui le place en tous les cas dans une position lui conférant le pouvoir de donner des instructions (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 13). Il doit par ailleurs exister une obligation juridique à charge du chef d'entreprise lui imposant de prévenir toute infraction de la part de son subordonné. Cette obligation peut découler de la loi, d'un contrat ou de circonstances du cas particulier. Elle place le chef d'entreprise dans une position de garant (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 14).

La responsabilité du chef d'entreprise consiste en une infraction par omission. Le chef d'entreprise omet, malgré la position de garant que lui confère la loi ou le contrat, d'éviter l'infraction, notamment parce qu'il n'effectue pas les contrôles nécessaires (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 17). Le chef d'entreprise doit être en mesure de donner des directives au subordonné (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 18). Enfin, il doit exister une causalité hypothétique, à savoir que le chef d'entreprise aurait très probablement pu éviter l'infraction commise par son subordonné s'il avait adopté le comportement adéquat (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 19). La condamnation d'un subordonné pour un acte effectué dans le cadre de ses activités pour le compte de l'entreprise n'exclut pas que son supérieur soit également inquiété, sur la base de l'art. 77 al. 2 ou 3 LPP, pour omission fautive (cf. TREMP/UTTINGER, art. 77 n. 24).

17.2. Ainsi que l'autorité de surveillance en matière de prévoyance professionnelle le précise dans ses directives (cf. Directive de la CHS PP D-01/2012 Agrément des experts en prévoyance professionnelle, ch. 7.11, [www.oak-bv.admin.ch](http://www.oak-bv.admin.ch), rubrique Agréments/Expertes et experts en

matière de prévoyance professionnelle [consulté le 11 juin 2019]), le cocontractant de l'institution de prévoyance n'est pas obligatoirement l'expert exécutant et peut être une personne morale, même si les tâches de l'expert décrites à l'art. 52e LPP sont toujours accomplies par une personne physique. L'expert – à savoir le nom de l'expert exécutant et celui du cocontractant – doit être mentionné dans l'annexe aux comptes annuels de l'institution de prévoyance. Par ailleurs, les documents ayant une portée juridique doivent être signés non seulement par l'expert exécutant, mais également par la personne morale en tant que cocontractante, respectivement par des personnes autorisées à engager celle-ci selon l'inscription au Registre du commerce. Si une personne physique est cocontractante de l'institution de prévoyance et également expert exécutant, tous les documents seront signés par cette personne avec signature individuelle.

Sous l'empire de la législation antérieure, la réglementation était moins précise. L'art. 39 OPP2 2009 prévoyait néanmoins que des mandats d'expert en matière de prévoyance professionnelle pouvaient être confiés à une personne morale à condition que celle-ci occupe un expert répondant aux conditions fixées, à savoir possédant le diplôme fédéral d'expert en assurances pensions (cf. art. 37 OPP2 2009). Dans ce cas, l'expert devait diriger l'expertise et signer personnellement le rapport.

### 17.3.

17.3.1. En l'espèce, et comme relevé par A. \_\_\_\_\_ lors de la séance du Conseil de fondation du 16 septembre 2008, aucun contrat écrit n'avait été conclu entre le Fonds de prévoyance ACSMS et l'expert en matière de prévoyance professionnelle (cf. DO PS 19/22055). Nonobstant les déclarations de la prévenue (cf. DO 2c/301276), il faut cependant retenir que le mandat d'expert en prévoyance professionnelle avait été confié à la société G. \_\_\_\_\_ SA, et non à C. \_\_\_\_\_ à titre personnel. Il ressort en particulier des rapports de l'organe de contrôle que l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle est G. \_\_\_\_\_ SA en 2006 (cf. DO PS 1-9/20215), C. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_ SA en 2008 (cf. DO PS 1-9/20179), et H. \_\_\_\_\_ de G. \_\_\_\_\_ SA en 2009 (cf. DO PS 1-9/20139), ainsi qu'en 2010 et jusqu'au 27 avril 2011 (cf. DO PS 1-9/20098). Tous les rapports, qu'il s'agisse des rapports d'expertise ou des bilans techniques, ont par ailleurs été établis au nom de la société (cf. DO PS 60/36448 [36471], 36495 [36509], 36510 [36523], 36527 [36547], et DO PS 23/23900 [23911]). En outre, au moment de mettre un terme au mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle, le courrier y relatif émane bien de la société G. \_\_\_\_\_ SA et non de C. \_\_\_\_\_ ou de H. \_\_\_\_\_ à titre personnel (cf. DO 6b/9481). Enfin, la reprise de l'activité d'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle par H. \_\_\_\_\_ a été verbalisée de la manière suivante au procès-verbal de la séance du Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS du 21 avril 2009 (cf. DO PS 22/23608): "*Suivi du mandat du Fonds de prévoyance ACSMS par G. \_\_\_\_\_ SA – C. \_\_\_\_\_ présente son collègue de travail H. \_\_\_\_\_, expert en prévoyance professionnelle, qui travaille depuis de longue date chez G. \_\_\_\_\_ SA. C. \_\_\_\_\_ indique qu'au sein de sa société, il a été pris la décision de changer l'expert en charge du mandat du Fonds de prévoyance ACSMS. C. \_\_\_\_\_ souligne que ce changement (rotation du responsable de mandat) ne peut apporter qu'un plus au fonds de pension si à l'avenir une nouvelle personne traite le dossier*".

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle pour le Fonds de prévoyance ACSMS avait été confié à la société G. \_\_\_\_\_ SA et non à C. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_ à titre personnel, même s'il a été exercé – pour le compte de cette société – par C. \_\_\_\_\_ jusqu'en avril 2009, et par H. \_\_\_\_\_ depuis cette date et jusqu'au 27 avril 2011.

17.3.2. H. \_\_\_\_\_ a été engagé par la société G. \_\_\_\_\_ SA en qualité d'actuaire-conseil à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000 (cf. DO 6b/9855) et son contrat a été régulièrement renouvelé et adapté (cf. DO 6b/9858 et 9861). Le dossier judiciaire contient une description de poste de 2014 qui précise qu'en ce qui concerne le positionnement hiérarchique, il y a lieu de se référer à l'organigramme et à l'organisation spécifiée dans le classeur du département (cf. DO 6b/9876). Il ressort des organigrammes pour 2010, 2011, 2012 et 2014 produits qu'en tout état, C. \_\_\_\_\_ était responsable de la direction générale et du département des experts, et que H. \_\_\_\_\_ faisait partie desdits experts, étant précisé qu'en 2014, il bénéficiait de la fonction de directeur adjoint pour le département des experts (cf. DO 6b/9878-9881).

Dans ces conditions, il sera retenu qu'au sein de la société G. \_\_\_\_\_ SA, H. \_\_\_\_\_ travaillait sous la responsabilité hiérarchique de C. \_\_\_\_\_.

#### 17.4.

17.4.1. S'agissant des obligations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle, telles que prévues à l'art. 53 LPP (dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011), la Cour de céans, à l'instar du Tribunal fédéral (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.1), se réfère à l'analyse très fouillée effectuée par la Chambre des assurances sociales du Tribunal administratif du canton de Zoug dans son arrêt S 2010 200 du 21 janvier 2014 qui a fait l'objet de la procédure de recours 9C\_248/2014 du Tribunal fédéral. Les directives communes de l'Association Suisse des Actuaires et de la Chambre Suisse des experts en caisses de pensions, *Principes et directives 2000 pour les experts en assurances de pension*, édictées en l'an 2000 et valables jusqu'en 2012 (citées ci-après Directives 2000), sont à cet égard également utiles.

L'activité de l'expert en matière de prévoyance professionnelle se concentre principalement sur le côté passif du bilan. L'évaluation de l'actif du bilan n'incombe ainsi pas en premier lieu à l'expert, mais est principalement l'affaire du conseil de fondation et de l'organe de contrôle (cf. arrêt TF 9C\_421/2009 du 29 septembre 2009 consid. 7.5). Cela étant, cela ne signifie pas que l'expert ne doit pas du tout se préoccuper de l'actif du bilan. L'évolution des marchés financiers a en effet démontré que la fonction de contrôle qui incombe à l'expert en matière de prévoyance professionnelle exige nécessairement un regard dynamique sur l'actif et le passif du bilan (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.4). Selon l'art. 14 des Directives 2000, "*l'expert doit considérer les placements financiers et les contraintes qui en découlent. De fait, il doit tenir compte de la structure des investissements et des échéances résultant des obligations liées à la prévoyance professionnelle*", ce qui indique bien que l'expert doit prendre en compte les placements et la stratégie de l'institution de prévoyance (cf. arrêt S 2010 200 du 21 janvier 2014 consid. 4.9.1.9). En effet, la tâche de l'expert en matière de prévoyance professionnelle est (également) de veiller de manière continue à la sécurité financière de l'institution (cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.2). Enfin, les obligations de l'expert qui découlent des normes légales et réglementaires visent à protéger le patrimoine de l'institution de prévoyance et sa capacité à remplir ses obligations envers les assurés, notamment lorsque les autres organes, à savoir le conseil de fondation et l'organe de contrôle, ne respectent pas leurs propres obligations (cf. arrêt S 2010 200 du 21 janvier 2014 consid. 4.9.3.3).

17.4.2. En l'espèce, l'acte d'accusation reproche à l'expert de ne pas avoir procédé à une analyse complète et dynamique de l'actif et du passif du bilan. Dans ce contexte, on relèvera d'emblée que, selon la jurisprudence, l'expert en matière de prévoyance professionnelle doit porter un regard complet et dynamique (*eine gesamtheitliche und dynamische Betrachtung* ;

cf. ATF 141 V 71 consid. 6.1.4) sur l'actif et le passif du bilan, et non effectuer une analyse dynamique à proprement parler. En se limitant à la période relative à l'exercice 2010, l'acte d'accusation relève que l'expert aurait dû demander à O.\_\_\_\_\_ de présenter de manière transparente et documentée les investissements P.\_\_\_\_\_ Ltd et leurs sous-jacents, vérifier si les garanties décrites par O.\_\_\_\_\_ existaient réellement, par qui elles étaient émises et en quoi elles consistaient, après analyse du concept et de la structure des placements de capitaux, immédiatement informer l'autorité de surveillance, et rendre le Fonds de prévoyance ACSMS expressément attentif que le financement d'actifs par le biais d'un endettement entraîne un effet de levier et augmente sensiblement le risque encouru.

Le rapport de l'organe de contrôle pour l'exercice 2009, le seul qui était à disposition de l'expert en matière de prévoyance professionnelle au moment d'établir son rapport d'expertise ou son bilan technique pour l'exercice 2010, le rapport de l'organe de contrôle pour l'exercice 2010 n'ayant été déposé qu'en date du 23 août 2011 (cf. DO PS 1-9/20091, DO 2a/300320), mentionne dans l'annexe aux comptes notamment ce qui suit sous le titre du respect des limites de placements (cf. DO PS 1-9/20158):

Art. OPP2	Rubriques	Limites OPP2 en %	Limites OPP2 en CHF	Dépassements au 31.12.2009 en % et en CHF
54	Créances par débiteurs	10 % par débiteur	5'846'840	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Parts P._____ Ltd – T._____ : CHF 11'410'000 = 19.5 %</li> <li>• Parts N._____ SA, P._____ Ltd – U._____ : CHF 6'847'537 = 11.7 %</li> <li>• Parts P._____ Ltd – Red. Ptg Sch. D – CHF 6'512'298 = 11.1 %</li> <li>• Parts P._____ Ltd – Red. Ptg Sch. B – CHF 9'189'454 = 15.7 %</li> </ul>

Cette seule présentation devait interpeller l'expert en matière de prévoyance professionnelle. Il en découle en effet que quatre ensembles de parts P.\_\_\_\_\_ Ltd dépassaient individuellement la limite légale de 10 % par débiteur, ce qui semble inquiétant sous l'angle de la répartition des risques et, par conséquent, de la sauvegarde des intérêts des assurés (cf. art. 50 al. 2 et 3 OPP2). En outre, bien qu'il s'agisse de quatre intitulés de parts différents, il était possible, à première vue, qu'ils relèvent tous du même fonds, voire représentent des actions d'une même société de placement, de sorte qu'en les additionnant, le Fonds de prévoyance ACSMS avait pris un engagement de 58 % envers un seul et même émetteur, ce qui contrevenait *a priori* à l'art 54 OPP2. Ce seul élément appelait des clarifications complémentaires, clarifications auxquelles H.\_\_\_\_\_, alors en charge de l'activité d'expert en matière de prévoyance professionnelle, n'a pas procédé. Or, s'il avait effectué ces clarifications, il aurait pu constater que ces quatre intitulés de parts portent respectivement sur les fonds T.\_\_\_\_\_ (actions de classe "E"; cf. DO PS 50/32943), U.\_\_\_\_\_ (actions de classe "F"; cf. DO 13/14827), S.\_\_\_\_\_ (actions de classe "D"; cf. DO 13/14825), et Q.\_\_\_\_\_ (actions de classe "B"; cf. DO 13/14822), et qu'il s'agit effectivement d'actions d'un seul et même émetteur, la société P.\_\_\_\_\_ Ltd, constituée selon le droit des Îles Vierges Britanniques (cf. DO 13/14828-14860).

On rappellera à cet égard que, dans son rapport d'expertise technique pour l'exercice 2010 du 25 novembre 2011 (cf. DO PS 60/36407-36447), l'expert I.\_\_\_\_\_ SA a quant à lui mis le doigt sur le problème et recommandé au Fonds de prévoyance ACSMS "d'examiner, ou faire examiner, différents points en relation avec les placements, notamment le respect des alinéas 1 à 3 de l'art.

50 OPP2 [...] Une appréciation externe du rendement attendu des placements nous semblerait également utile à l'évaluation de l'horizon d'assainissement" (cf. DO PS 60/36446 et 36406). De plus, en mai 2012, I.\_\_\_\_\_ SA a demandé à rencontrer O.\_\_\_\_\_ et, cette rencontre (cf. DO PS 42/32108) et la correspondance ultérieure n'ayant pas permis de clarifier la situation des placements effectués pour le Fonds de prévoyance ACSMS, cet expert a mis ce dernier en demeure d'obtenir les informations nécessaires, à défaut de quoi il aviserait l'autorité de surveillance (cf. DO PS 42/32103-32106). Ce courrier, daté du 26 juin 2012 (cf. DO PS 61/37028-37029), relève en particulier qu'une "grande partie de la fortune du Fonds (75 % à fin 2010) est placée dans des fonds P.\_\_\_\_\_, de juridiction des Îles Vierges Britanniques", et que les documents mis à disposition ne permettent pas d'avoir une vision claire de la nature de différents placements.

Ce qui précède amène la Cour de céans à retenir que, pour la période relative à l'exercice 2010, H.\_\_\_\_\_ a gravement enfreint les obligations qui lui incombaient en vertu de l'art. 53 LPP.

17.5. La violation d'une obligation juridique au sens de l'art. 77 al. 2 LPP suppose une position de garant, soit l'existence d'une obligation juridique spécifique d'empêcher le comportement en cause en exerçant une surveillance, en donnant des instructions et en intervenant au besoin (cf. arrêt TF 6B\_189/2009 du 20 mai 2009 consid. 3.2.3). Dans la mesure où, dans la règle, c'est au chef d'entreprise que s'adressent les normes de droit administratif, il faut admettre qu'il est juridiquement tenu d'en garantir l'application, respectivement d'en empêcher la violation (cf. ATF 142 IV 315 consid. 2.2.2).

En l'espèce, le mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle avait été confié à la société G.\_\_\_\_\_ SA (cf. consid. 17.3.1 ci-avant). Il appartenait par conséquent à cette société d'assurer le respect des obligations incombant à l'expert, en particulier l'obligation de contrôle découlant de l'art. 53 al. 2 LPP. Or, interrogée par le Ministère public, C.\_\_\_\_\_ a toujours prétendu, à tort comme cela a été établi, que le mandat d'expert du Fonds de prévoyance ACSMS était exercé à titre personnel et que le mandat n'avait pas été confié à la société G.\_\_\_\_\_ SA, mais à elle-même puis à H.\_\_\_\_\_ à titre personnel (cf. DO 2c/301270). En conséquence, à la question de savoir si celui-ci était son subalterne, la prévenue a affirmé: "*Il est employé de la société G.\_\_\_\_\_ SA. Par contre, le titre d'expert et le métier d'expert, il l'exerce à titre individuel. [...] A titre individuel veut bel et bien dire 'à titre individuel'*" (cf. DO 2c/301270), ajoutant même un peu plus tard: "*J'ai remis à H.\_\_\_\_\_ l'ensemble des documents et informations écrites à disposition. [...] Dans notre société l'expert exerce son mandat à titre individuel. Il prend connaissance de tous les documents nécessaires pour établir une expertise. Il se forge sa propre opinion. J'étais bien entendu à sa disposition pour toute question de compréhension*" (cf. DO 2c/301276). Il découle de ces explications de la prévenue qu'elle a laissé son collaborateur exercer le mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle du Fonds de prévoyance ACSMS seul, sans procéder à aucune surveillance, ni à aucun contrôle de son activité. Or, en tant qu'administratrice présidente avec signature individuelle, et responsable hiérarchique de H.\_\_\_\_\_ au sein de la société, elle assumait une obligation de surveillance spécifique sur les activités d'expert en matière de prévoyance professionnelle exercées par les collaborateurs de la société. Elle était par ailleurs consciente, dès le 9 décembre 2008 (cf. DO PS 61/36853 et DO PS 19/22000), de l'importance qu'il y avait de veiller à examiner l'identité du débiteur final des placements qu'entendait effectuer N.\_\_\_\_\_ SA. Son omission de prendre des mesures et de donner des instructions adéquates aux collaborateurs à cet égard suffit ainsi à engager sa responsabilité pénale.



17.6. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité naturel et adéquat entre la violation de l'obligation et le résultat final. Dans le cas d'une omission, il y a lieu d'examiner si le résultat se serait également produit si l'acte omis avait été accompli. Il s'agit d'un processus causal hypothétique, au cours duquel on examine si, selon l'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses, le résultat aurait pu être évité avec une probabilité prédominante (cf. ATF 141 V 71 consid. 8.1). S'agissant de la responsabilité du chef d'entreprise, s'ajoute la question de savoir si celui-ci aurait très probablement pu éviter l'infraction commise par son subordonné s'il avait adopté le comportement adéquat.

En l'espèce, force est de constater qu'une intervention de H. \_\_\_\_\_ dans le sens décrit (cf. consid. 17.4.2 ci-avant) et en temps utile, soit au moment d'établir le rapport d'expertise ou le bilan technique pour l'exercice 2010, à savoir vraisemblablement en mai ou juin 2011 si le mandat d'expert en prévoyance professionnelle n'avait pas été résilié, aurait permis, à tout le moins, au Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS de s'interroger sur l'opportunité d'effectuer de nouveaux investissements dans des fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd, voire d'y renoncer pour ne pas aggraver encore sa situation déjà précaire (cf. consid. 4.2.3 ci-avant). On notera à cet égard que la prévenue ne saurait tirer argument de l'attitude du Conseil de fondation qui, nonobstant l'activité de l'expert en matière de prévoyance professionnelle ayant remplacé G. \_\_\_\_\_ SA, lequel a d'emblée constaté, dans l'expertise technique au 31 décembre 2010, que "*selon la répartition des actifs figurant dans l'annexe aux comptes, plusieurs limites de placement fixées dans l'OPP2 sont dépassées*" (cf. DO PS 1-9/20334), constatation qu'il a réitéré dans l'expertise technique au 31 décembre 2011 (cf. DO PS 1-9/20295), et qui l'a amené à alerter l'autorité de surveillance le 26 juin 2012 (cf. DO PS 1-9/20294), n'a pas pris de mesure immédiate et a poursuivi – bien que de façon très limitée – les investissements dans les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd en 2012. Avec le Tribunal fédéral, il y a lieu de retenir en effet qu'un tel comportement "indiscipliné" du Conseil de fondation aurait été soit un motif d'intervention auprès de l'autorité de surveillance, soit de résiliation du mandat qui aurait également dû être signalée à l'autorité de surveillance (cf. ATF 141 V 71 consid. 8.2). Et l'on doit admettre qu'une telle information de l'autorité de surveillance aurait conduit celle-ci à intervenir sans délai pour examiner non seulement le passif du bilan, mais également l'état du patrimoine, et constater rapidement l'existence d'un problème au niveau de la concentration des placements en actions d'une seule et même société, de l'identité de l'émetteur des titres, un fonds de placement professionnel selon la législation des Îles Vierges Britanniques destiné à des investisseurs institutionnels et spécialement qualifiés (cf. DO 7/12328) et soumis à aucune surveillance en Suisse (cf. art. 2 al. 1 let. e *a contrario* et art. 120 al. 1 de la loi sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 [LPCC; RS 951.31], et art. 2 al. 4 LPCC [dans la version en vigueur jusqu'au 28 février 2013]), et des liens entre P. \_\_\_\_\_ Ltd et le gestionnaire externe du Fonds de prévoyance ACSMS, N. \_\_\_\_\_ SA, tous deux en mains de la même personne physique, O. \_\_\_\_\_. On en veut pour preuve que c'est exactement ce que l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations a fait le 15 août 2014, à la suite de la dénonciation du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent du 15 avril 2014 et de la dénonciation pénale du Fonds de prévoyance ACSMS lui-même du 12 mai 2014. Elle a alors constaté que le Conseil de fondation du Fonds de prévoyance ACSMS avait fait preuve de négligence en ce qui concerne la gestion des placements et a en conséquence révoqué avec effet immédiat le conseil de fondation et nommé un commissaire chargé de l'administration de l'institution de prévoyance (cf. DO 6a/9131-9133).

S'agissant de la responsabilité de C. \_\_\_\_\_, la Cour de céans relève que la prévenue est elle-même experte en matière de prévoyance professionnelle dûment agréée, de sorte qu'elle dispose

de tout le bagage nécessaire pour diriger et contrôler efficacement ses collaborateurs agissant dans ce domaine. Elle avait en outre assumé elle-même le mandat d'expert du Fonds de prévoyance ACSMS pendant plusieurs années, de sorte qu'elle en connaissait le fonctionnement, les personnes en charge des différentes fonctions, ainsi que les éventuels problèmes. Elle était par ailleurs consciente, dès le 9 décembre 2008 (cf. DO PS 61/36853 et DO PS 19/22000), de l'importance qu'il y avait de veiller à examiner l'identité du débiteur final des placements qu'entendait effectuer N. \_\_\_\_\_ SA. Dans ces conditions, force est de constater que, si elle avait dûment dirigé et contrôlé l'activité de son collaborateur H. \_\_\_\_\_, lorsque celui-ci a repris le suivi du Fonds de prévoyance ACSMS en avril 2009, et attiré son attention sur les problèmes potentiellement liés au mandat de gestion discrétionnaire confié à N. \_\_\_\_\_ SA, la découverte du problème et une intervention auprès du Conseil de fondation au sujet des investissements effectués dans les fonds P. \_\_\_\_\_ Ltd, aurait été facilitée. La causalité hypothétique entre son omission de contrôle et la violation, par H. \_\_\_\_\_, des obligations qui lui incombent en vertu de l'art. 53 LPP, est par conséquent établie.

17.7. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'ensemble des conditions légales des art. 76 al. 5, 77 al. 2 et 77 al. 3 LPP sont remplies, ce qui conduit à la condamnation de C. \_\_\_\_\_ pour infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 et 53 LPP (dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011).

#### 18. *Quotité de la peine et sursis*

Etant donné que l'appel est admis sur la question de la culpabilité, il appartient à la Cour de fixer librement la peine devant être infligée à la prévenue. Le Ministère public quant à lui conclut au prononcé d'une peine de 60 jours-amende, montant unitaire à dire de justice.

18.1. Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur; il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier, ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ("*objektive Tatkomponente*"). Dans ce cadre, le juge tiendra compte également du mode d'exécution et, éventuellement, de la durée ou la répétition des actes délictueux. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ("*subjektive Tatkomponente*"), de même que la liberté de décision dont il disposait au moment d'agir; plus il aurait été possible de respecter la loi, plus grave apparaît alors sa décision de la violer. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ("*Täterkomponente*"), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1; arrêt TF 6B\_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1 et les références citées).

Par ailleurs, aux termes de l'art. 48 let. e CP, le juge atténue la peine si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle. L'effet guérisseur du temps écoulé, qui rend moindre la nécessité de punir, doit aussi pouvoir être pris en considération lorsque la prescription n'est pas encore acquise, si l'infraction est ancienne et si le délinquant s'est bien comporté dans l'intervalle. Cela suppose qu'un temps relativement long se soit écoulé depuis l'infraction, condition qui est en tout cas réalisée lorsque les deux tiers du délai de prescription de l'action pénale sont écoulés. Le juge peut toutefois réduire ce délai pour tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction. Pour déterminer si l'action pénale est proche de la prescription, le juge doit se référer à la date à laquelle les faits ont été souverainement établis. Lorsque le condamné a fait appel, il faut ainsi prendre en considération le moment où le jugement de seconde instance a été rendu dès lors que ce recours a un effet dévolutif (cf. ATF 140 IV 145 consid. 3.1).

18.2. En l'espèce, C. \_\_\_\_\_ a été reconnue coupable d'infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 et 53 LPP, infraction menacée d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au plus (cf. consid. 17.1 ci-avant).

La culpabilité de la prévenue doit être qualifiée de relativement légère dès lors que, s'il est vrai que, sous sa responsabilité, son collaborateur a gravement violé les obligations qui lui incombaient en vertu de l'art. 53 LPP, il faut néanmoins tenir compte du fait que l'évaluation de l'actif du bilan n'incombe pas en premier lieu à l'expert, mais est principalement l'affaire du conseil de fondation et de l'organe de contrôle. Au plan subjectif, il y a lieu de retenir que l'infraction a été commise sans intention dolosive et par méconnaissance des règles applicables. Enfin, la Cour de céans prend en considération l'ancienneté des faits dès lors que, s'il fallait les juger en première instance aujourd'hui, ils seraient largement prescrits.

Au vu de ce qui précède, il convient de condamner la prévenue à une peine pécuniaire de 60 jours-amende.

Le montant du jour-amende est calculé en fonction de la situation financière de la prévenue telle que décrite en première instance (cf. DO TPE/13087-13092 et 14701) et devant la Cour d'appel pénal (cf. courrier de Me Hervé Bovet du 5 mai 2019 et p.-v. du 5 juin 2019 p. 16-17), soit ses revenus professionnels de CHF 7'500.- net par mois pour une activité à 40 %, sa rente de vieillesse de CHF 8'027.- net par mois, et le rendement de sa fortune de CHF 21.- par mois, soit un montant total de CHF 15'548.-, desquels doivent être déduits 30 % correspondant aux dépenses quotidiennes strictement nécessaires, pour arriver à un solde mensuel de CHF 10'883.-, équivalant à un disponible journalier arrondi à CHF 360.-. Le montant du jour-amende est donc fixé à CHF 360.-.

18.3. L'art. 42 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus, lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1).

En l'espèce, la prévenue n'a aucun antécédent et n'a plus occupé la justice depuis les faits, de sorte qu'un pronostic favorable doit être posé quant à son comportement futur. Partant, la peine prononcée ce jour sera assortie du sursis, le délai d'épreuve pouvant être fixé au minimum légal de 2 ans (art. 44 al. 1 CP), comme requis par l'appelant.

## 19. Frais et indemnités

19.1. Les frais d'appel sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). Lorsqu'une partie qui interjette un recours obtient une décision qui lui est plus favorable, les frais de la procédure peuvent être mis à sa charge notamment lorsque la modification de la décision est de peu d'importance (cf. art. 428 al. 2 let. b CPP). Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises (cf. arrêt TF 6B\_438/2013 du 18 juillet 2013 consid. 2.4). Lorsqu'une partie obtient gain de cause sur un point mais succombe sur un autre, le montant des frais à mettre à sa charge dépend de manière déterminante du travail nécessaire à trancher chaque point (cf. arrêt TF 6B\_472/2018 du 22 août 2018 consid. 1.2).

En l'espèce, en ce qui concerne C.\_\_\_\_\_, le Ministère public obtient gain de cause sur le principe d'une condamnation mais succombe quant à l'étendue des infractions retenues à l'encontre de la prévenue. Dans ces conditions et compte tenu du fait que la charge de travail nécessaire pour trancher la question de la condamnation pour l'infraction finalement retenue a été bien plus importante que celle relative à la question du classement, en raison de la prescription, de l'autre chef de prévention, il se justifie de mettre les frais de la procédure d'appel à charge de la prévenue à raison des trois quarts, le solde étant laissé à la charge de l'Etat de Fribourg. Ils sont fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.-; débours fixés forfaitairement: CHF 200.-) pour la procédure la concernant.

19.2. Si elle rend une nouvelle décision, l'autorité d'appel se prononce également sur les frais fixés par l'autorité inférieure (art. 428 al. 3 CPP). De plus, indépendamment de tout acquittement ou condamnation, le Ministère public conclut à ce que les frais de la procédure de première instance soient mis à la charge de la prévenue.

S'agissant de la jurisprudence relative à l'art. 426 CPP applicable à cette question, il est renvoyé au consid. 13.2 ci-avant.

En l'espèce, dans son acte d'accusation du 28 août 2017, le Ministère public avait conclu à la condamnation de C.\_\_\_\_\_ pour délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP pour la période durant laquelle elle a exécuté personnellement le mandat d'expert en matière de prévoyance professionnelle pour le Fonds de prévoyance ACSMS, et pour infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP pour la période durant laquelle H.\_\_\_\_\_, collaborateur de la société G.\_\_\_\_\_ SA, a été en charge de ce mandat. Par le présent arrêt, la prévenue est reconnue coupable d'infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP pour les faits en lien avec l'expertise relative à l'exercice 2010, le classement de l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP et celle d'infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP pour les faits antérieurs à l'expertise relative à l'exercice 2010 étant confirmé. S'agissant de l'instruction de la cause, elle a porté dans un premier temps, à savoir dès le 11 septembre 2015, exclusivement sur le chef de prévention de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP (cf. DO 2e/5024, DO 2a/300319 et DO 2c/301285), pour être étendue dès le 1<sup>er</sup> février 2017, au chef de prévention d'infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP (cf. DO 2f/5435) finalement retenu à l'encontre de la prévenue. Les actes d'instruction effectués avant l'extension de l'instruction ont néanmoins porté sur l'ensemble de l'activité exercée par G.\_\_\_\_\_ SA auprès du Fonds de prévoyance ACSMS et ont été, par conséquent, indispensables pour pouvoir juger dans quelle mesure la responsabilité de cette société et de ses organes, en qualité d'employeur, était engagée pour l'activité d'expert en matière de prévoyance professionnelle effectuée par un de ses collaborateurs. De plus, il apparaît que les infractions en cause sont étroitement et directement

liées entre elles, l'examen de celle d'infraction au sens de l'art. 77 LPP ne pouvant avoir lieu sans le résultat de l'instruction relative au délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP. Dans ces conditions, il est impossible de déterminer avec exactitude les frais qui relèveraient de l'instruction de chaque fait imputable ou non à la prévenue. Il est en particulier impossible de déterminer si l'infraction pour laquelle la procédure a été classée en raison de la prescription a donné lieu à des frais supplémentaires.

Au vu de ce qui précède, il se justifie de mettre à la charge de C.\_\_\_\_\_ l'intégralité des frais de première instance la concernant. S'agissant du montant des frais de procédure de première instance relatif à cette prévenue, répartition à laquelle les premiers juges n'ont pas procédé, il sera fixé à CHF 15'000.-.

19.3. Le Ministère public critique l'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure d'un montant net de CHF 137'570.70 en capital, celle pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale d'un montant net de CHF 24'150.- en capital, ainsi que celle en réparation du tort moral subi d'un montant de CHF 10'000.- en capital, qui ont été octroyées à C.\_\_\_\_\_ pour la procédure de première instance et conclut au refus de toute indemnité.

Aux termes de l'art. 429 al. 1 CPP, si le prévenu est acquitté totalement ou en partie, il a droit à une indemnité. En ce qui concerne la jurisprudence relative aux art. 429 et 430 CPP, il est renvoyé au consid. 13.3 ci-avant.

En l'espèce, les frais de la procédure de première instance ont été mis à la charge de la prévenue en application de l'art. 426 CPP. La procédure a certes abouti au classement partiel des charges pesant sur la prévenue, mais les infractions abandonnées ne revêtent pas, globalement considérées, une importance déterminante. En outre, ces accusations n'ont pas donné lieu à des actes de procédure qui eussent été inutiles au regard de l'infraction finalement retenue. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de lui accorder d'indemnité selon l'art. 429 CPP, à quelque titre que ce soit. Toutes ses demandes y relatives doivent par conséquent être rejetées. L'appel du Ministère public sera admis sur ce point.

19.4. Pour la procédure d'appel, C.\_\_\_\_\_ requiert l'allocation d'une indemnité au sens des art. 429 et 436 CPP pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure.

S'agissant de la jurisprudence relative aux art. 429 et 436 CPP, il est renvoyé au consid. 5.2 ci-avant.

En l'espèce, les frais de la procédure d'appel ayant été mis à la charge de l'Etat de Fribourg à raison d'un quart, C.\_\_\_\_\_ est en droit de prétendre à l'allocation d'une indemnité réduite pour ses frais de défense (art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP). Conformément à l'art. 75a al. 2 RJ, la fixation des honoraires et débours d'avocat dus au titre d'indemnité a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. En effet, pour la procédure d'appel, il n'y a pas lieu d'appliquer le tarif horaire de CHF 350.- retenu pour l'instruction et la procédure de première instance, la complexité du cas en appel ne dépassant pas ce qui est usuel et le mandataire ayant assisté le prévenu dès les premières heures de la procédure et connaissant par conséquent parfaitement le dossier.

Me Hervé Bovet a produit une liste de frais qui fait état de près de 69 heures pour la défense de C.\_\_\_\_\_. Cette liste de frais paraît excessive et doit être réduite, d'une part, en ce qui

concerne la durée des débats par-devant la Cour, la durée totale étant réduite de 7.5 heures aux 15 heures effectives, y compris l'analyse de l'arrêt de la Cour et son explication à la mandante. La liste de frais doit, d'autre part, être réduite globalement de 25 heures, le total de 37 heures mentionné pour la préparation de l'audience de la Cour en particulier étant largement exagéré compte tenu du fait que l'ensemble des arguments invoqués avait déjà été plaidé en première instance. Un total de 36 heures sera dès lors retenu, ce qui représente des honoraires à hauteur de CHF 9'000.-. Il faut y ajouter les débours, qui peuvent être arrêtés forfaitairement à CHF 450.- (5 % de CHF 9'000.-), les trois vacations par CHF 90.-, et la TVA, par CHF 734.60 (7.7 % de CHF 9'540.-), soit un montant total de CHF 10'274.60.

Partant, le montant total de l'indemnité réduite octroyée à C. \_\_\_\_\_ est arrêté à CHF 2'568.65 (CHF 10'274.60 : 4).

En application de l'art. 442 al. 4 CPP, cette indemnité sera compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge de la prévenue.

*(dispositif en page suivante)*

## la Cour arrête :

- I. L'appel du Ministère public est rejeté concernant A. \_\_\_\_\_ (501 2018 120), D. \_\_\_\_\_ (501 2018 121), E. \_\_\_\_\_ (501 2018 123) et F. \_\_\_\_\_ (501 2018 124).

L'appel du Ministère public est partiellement admis concernant B. \_\_\_\_\_ (501 2018 119) et C. \_\_\_\_\_ (501 2018 122).

Les chiffres I.1 concernant A. \_\_\_\_\_, II.1, II.2, III.1, III.2, VI.1, VII.5 et VII.6 du jugement du Tribunal pénal économique du 20 mars 2018 sont modifiés et les chiffres I.2 concernant A. \_\_\_\_\_, VI.2, VII.1, VII.2, VII.3 et VII.4 sont confirmés. Ils ont dorénavant la teneur suivante:

Ia. A. \_\_\_\_\_:

1. *En raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 97 aCP), sont classées*
  - dans le volet "Contrat de placement discrétionnaire" (ch. 2.3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP;
  - dans le volet "Avances à terme fixe (ATF, emprunts bancaires) auprès de V. \_\_\_\_\_" (ch. 2.4 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP), et celle de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP, pour la période antérieure au 20 mars 2011.
2. A. \_\_\_\_\_ est acquitté du chef de prévention de gestion déloyale (art. 158 ch. 1 CP; ch. 2.1, 2.2, 2.3 et 2.4 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), et de celui de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP pour la période postérieure au 20 mars 2011 (ch. 2.3 et ch. 2.4 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017).

II. C. \_\_\_\_\_:

1. *En raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 97 aCP), sont classées l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011; ch. 3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), et l'accusation d'infraction au sens de l'art. 77 al. 1 et 2 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 LPP et 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011; ch. 3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017) pour les faits antérieurs à l'expertise relative à l'exercice 2010.*
2. a. **C. \_\_\_\_\_ est reconnue coupable d'infraction au sens de l'art. 77 al. 2 et 3 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 LPP et 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011; ch. 3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), pour les faits en lien avec l'expertise relative à l'exercice 2010.**
  - b. *En application des art. 77 al. 2 et 3 LPP en relation avec les art. 76 al. 5 LPP et 53 LPP, ainsi que des art. 34, 42, 44, 47, 48 let. e et 48a CP, C. \_\_\_\_\_ est condamnée à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à CHF 360.-, avec sursis pendant deux ans.*

III. B. \_\_\_\_\_:

1. *En raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 97 aCP), l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de*

*l'année 2011; ch. 3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017) est classée pour les faits antérieurs au contrôle de l'exercice 2010.*

2. a. **B. \_\_\_\_\_ est reconnu coupable de complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011) et l'art. 26 CP pour les faits relatifs au contrôle de l'exercice 2010, et de complicité de délit au sens de l'art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 52c LPP (version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2011) et l'art. 26 CP pour les faits relatifs au contrôle des exercices 2011 et 2012 (ch. 3 de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017).**
- b. **En application des art. 76 al. 5 LPP en relation avec l'art. 53 LPP (version valable jusqu'à la fin de l'année 2011), l'art. 52c LPP (version entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2011), et l'art. 26 CP, ainsi que des art. 34, 42, 44, 47, 48 let. e et 48a CP, B. \_\_\_\_\_ est condamné à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à CHF 800.-, avec sursis pendant deux ans.**

VI. *Frais:*

1. **Les frais de procédure sont mis à la charge de**

- **C. \_\_\_\_\_ à raison de CHF 15'000.-,**
- **B. \_\_\_\_\_ à raison de CHF 15'000.-.**

2. **Le solde, par CHF 50'765.- est laissé à la charge de l'Etat de Fribourg (art. 421 et 426 al. 1 CPP; émolument total CHF 80'000.-; débours CHF 765.-).**

VII. *Indemnités:*

1. **A. \_\_\_\_\_**

- 1.1 *Une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP d'un montant de CHF 66'789.95 (TVA comprise) est octroyée à A. \_\_\_\_\_.*
- 1.2 *La demande d'indemnité pour le dommage économique au sens de l'art. 429 al. 1 let. b CPP formulée par A. \_\_\_\_\_ est rejetée.*
- 1.3 *Une réparation du tort moral subi au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP de CHF 10'000.- est octroyée à A. \_\_\_\_\_, la demande de réparation du tort moral étant rejetée pour le surplus.*

2. **D. \_\_\_\_\_**

- 2.1 *Une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP d'un montant de CHF 66'789.95 (TVA comprise) est octroyée à D. \_\_\_\_\_.*
- 2.2 *Une indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale au sens de l'art. 429 al. 1 let. b CPP d'un montant de CHF 160'092.40 est octroyée à D. \_\_\_\_\_, la demande d'indemnité pour le dommage économique étant rejetée pour le surplus.*
- 2.3 *Une réparation du tort moral subi au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP d'un montant de CHF 25'000.- est octroyée à D. \_\_\_\_\_, la demande de réparation du tort moral étant rejetée pour le surplus.*



3. E. \_\_\_\_\_
  - 3.1 Une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP d'un montant de CHF 71'535.70 (TVA comprise), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018, est octroyée à E. \_\_\_\_\_.
  - 3.2 Une indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale au sens de l'art. 429 al. 1 let. b CPP d'un montant de CHF 325'000.20 (CHF 283'058.95 + CHF 41'941.25), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018, est octroyée à E. \_\_\_\_\_, la demande d'indemnité pour le dommage économique étant rejetée pour le surplus.
  - 3.3 Une réparation du tort moral subi au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP d'un montant de CHF 25'000.-, avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018 est octroyée à E. \_\_\_\_\_, la demande de réparation du tort moral étant rejetée pour le surplus.
4. F. \_\_\_\_\_
  - 4.1 Une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP d'un montant de CHF 69'518.25 (TVA comprise), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018, est octroyée à F. \_\_\_\_\_.
  - 4.2 Une réparation du tort moral subi au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP d'un montant de CHF 10'000.- est octroyée à F. \_\_\_\_\_, la demande de réparation du tort moral étant rejetée pour le surplus.
  - 4.3. Tout autre ou plus ample éventuelle conclusion relative à une prétention au sens de l'art. 429 al. 1 let. b CPP est irrecevable.
5. C. \_\_\_\_\_
  - 5.1 **La demande d'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP formulée par C. \_\_\_\_\_ est rejetée.**
  - 5.2 **La demande d'indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale au sens de l'art. 429 al. 1 let. b CPP formulée par C. \_\_\_\_\_ est rejetée.**
  - 5.3 **La demande de réparation du tort moral au sens de l'art. 429 al. 1 let. c CPP formulée par C. \_\_\_\_\_ est rejetée.**
6. B. \_\_\_\_\_
  - 6.1 **La demande d'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP formulée par B. \_\_\_\_\_ est rejetée.**
  - 6.2 Tout autre ou plus ample éventuelle conclusion relative à une prétention au sens de l'art. 429 CPP est irrecevable.

Pour le surplus, il est pris acte de l'entrée en force des chiffres I.1 et I.2 concernant D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, IV et V du jugement précité dans la teneur suivante: "*Le Tribunal pénal économique*

Ib. D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_:

1. classe, en raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 97 aCP)
  - dans le volet "*Produit structuré 100% Capital Guaranteed – Lehman Brothers Treasury...*" (CHF 2'300'000.-; ch. 2.1. de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de gestion déloyale (art. 29 let. 1 en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP);
  - dans le volet "*L'investissement londonien*" (ch. 2.2. de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de gestion déloyale (art. 29 let. 1 en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP);
  - dans le volet "*Contrat de placement discrétionnaire*" (ch. 2.3. de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de gestion déloyale (art. 29 let. 1 en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP) pour la période antérieure au 20 mars 2011, et l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP;
  - dans le volet "*Avances à terme fixe (ATF; emprunts bancaires) auprès de V.\_\_\_\_\_*" (ch. 2.4. de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017), l'accusation de gestion déloyale (art. 29 let. 1 en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP) pour la période antérieure au 20 mars 2011, et l'accusation de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP pour la période antérieure au 20 mars 2011;
2. acquitte D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ des chefs de prévention de gestion déloyale (art. 29 let. 1 en lien avec l'art. 158 ch. 1 CP) et de délit au sens de l'art. 76 al. 4 2<sup>ème</sup> partie de la phrase LPP (ch. 2.3. et ch. 2.4. de l'acte d'accusation du Ministère public du 28 août 2017).

IV. Séquestres :

1. ordonne la confiscation des documents séquestrés (cf. p.-v. de séquestre du 8 mai 2014, p. 1/2097ss; p.-v. de séquestre du 11 septembre 2014, p. 1/2090ss; ordonnance du 12 septembre 2014, p. 2e/5009ss; art. 267 CPP);

V. Conclusions civiles :

1.
  - 1.1 renvoie le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation à agir par la voie civile s'agissant des conclusions civiles formulées contre C.\_\_\_\_\_ (art. 126 al. 2 let. a et d CPP);
  - 1.2 rejette la demande du Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation formulée contre C.\_\_\_\_\_ à titre de juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure au sens de l'art. 433 CPP;
  - 1.3 condamne le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation au paiement de CHF 10'672.20 (TVA comprise) à C.\_\_\_\_\_ à titre de juste indemnité pour les dépenses occasionnées par les conclusions civiles au sens de l'art. 432 CPP, soit honoraires CHF 9'887.50 + TVA CHF 784.70 (8% resp. 7.7%), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018, à prélever sur le montant des sûretés;
2.
  - 2.1 renvoie le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation à agir par la voie civile s'agissant des conclusions civiles formulées contre B.\_\_\_\_\_ (art. 126 al. 2 let. a et d CPP);

- 2.2 *rejette la demande du Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation formulée contre B. \_\_\_\_\_ à titre de juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure au sens de l'art. 433 CPP;*
- 2.3 *condamne le Fonds de prévoyance ACSMS en liquidation au paiement de CHF 14'351.80 (TVA comprise) à B. \_\_\_\_\_ à titre de juste indemnité pour les dépenses occasionnées par les conclusions civiles au sens de l'art. 432 CPP, soit honoraires CHF 12'673.50 + débours CHF 633.70 (5%) + TVA CHF 1'044.60 (moyenne de 7.85%), avec intérêt à 5% l'an dès le 20 mars 2018, à prélever sur le montant des sûretés."*

- II. Les frais de la procédure d'appel concernant A. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_, fixés à CHF 6'600.- (émolument: CHF 6'000.-; débours: CHF 600.-), sont laissés à la charge de l'Etat de Fribourg.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par A. \_\_\_\_\_, est admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 14'066.95 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par D. \_\_\_\_\_, est admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 4'689.- pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par E. \_\_\_\_\_, est admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 4'289.15 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par F. \_\_\_\_\_, est admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 4'289.15 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel.

- III. Les frais de la procédure d'appel concernant B. \_\_\_\_\_, fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.-; débours: CHF 200.-), sont mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ à raison de CHF 1'650.-, le solde de CHF 550.- étant laissé à la charge de l'Etat de Fribourg.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par B. \_\_\_\_\_, est partiellement admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 2'851.35 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel. En application de l'art. 442 al. 4 CPP, cette indemnité est compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à sa charge.

- IV. Les frais de la procédure d'appel concernant C. \_\_\_\_\_, fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.-; débours: CHF 200.-), sont mis à la charge de C. \_\_\_\_\_ à raison de CHF 1'650.-, le solde de CHF 550.- étant laissé à la charge de l'Etat de Fribourg.

La requête d'indemnité, au sens des art. 429 et 436 CPP, formulée par C. \_\_\_\_\_, est partiellement admise. Partant, il lui est octroyé, à la charge de l'Etat de Fribourg, une indemnité de CHF 2'568.65 pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits en procédure en appel. En application de l'art. 442 al. 4 CPP, cette indemnité est

compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à sa charge.

V. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

*Fribourg, le 11 juin 2019*

La Vice-Présidente :

La Greffière :