

# **GE\_GERICHTE AARP/58/2014 vom 31. Januar 2014**

GE Cour de justice, 2014-01-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_58\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_58_2014)

FR: GE\_GERICHTE AARP/58/2014 du 31 janvier 2014

IT: GE\_GERICHTE AARP/58/2014 del 31 gennaio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0)).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2.1**

Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [CEDH ; RS 0.101], et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101] et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence, mais aussi lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités).

Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss, ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 87 ss).

### **E. 2.2**

Les faits à l'origine de la présente procédure se sont déroulés entre 1992 et 2004. Jusqu'au 31 décembre 2006, l'abus de confiance était puni de la réclusion pour 5 ans

- 12/18 - P/16057/2006 ou de l'emprisonnement. Depuis le 1er janvier 2007, cette infraction est punie d'une peine privative de liberté de 5 ans ou d'une peine pécuniaire. Il en résulte que le nouveau droit est plus favorable au sens de l'art. 2 CP, dès lors qu'il permet au juge d'infliger une peine pécuniaire.

### **E. 2.3**

Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée. Les instructions peuvent être tacites selon la jurisprudence (ATF 118 32 117 256). L'al. 2 de l'art. 138 ch. 1 CP ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la valeur patrimoniale à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il a données. Est ainsi caractéristique de l'abus de confiance au sens de cette disposition le comportement par lequel l'auteur démontre clairement sa volonté de ne pas respecter les droits de celui qui lui fait confiance (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1, p. 259 et les références citées).

Pour que l'on puisse parler d'une somme confiée, il faut que l'auteur agisse comme auxiliaire du paiement ou de l'encaissement, en tant que représentant direct ou indirect, notamment comme employé d'une entreprise, organe d'une personne morale ou fiduciaire. Cette condition n'est pas remplie lorsque l'auteur reçoit l'argent pour lui-même, en contrepartie d'une prestation qu'il a fournie pour son propre compte, même s'il doit ensuite verser une somme équivalente sur la base d'un rapport juridique distinct. L'inexécution de l'obligation de reverser une somme ne suffit pas à elle seule pour constituer un abus de confiance (ATF 118 IV 239 consid. 2b, spéc. p. 241 s. et les références citées; (ATF 6B\_269/2007 du 13 novembre 2007, consid. 2.1; voir aussi ATF 6B\_128/2008 du 19 juin 2008, consid. 3.3.1, et ATF 133 IV 21 consid. 6.1, ainsi que les références citées).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit agir intentionnellement, avec le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, qui peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34 ; cf. infra ch. 3.1.3). Le dessein d'enrichissement illégitime suppose que l'auteur, par son acte, ait voulu se procurer ou procurer à un tiers tout avantage patrimonial, une erreur sur les faits étant toutefois concevable (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2010, n. 14 ad. art. 138 CP). Ainsi, l'enrichissement ne sera pas illégitime si l'auteur y a droit (ou croit qu'il y a droit en raison d'une erreur sur les faits). Le dessein d'enrichissement illégitime fait notamment défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale, l'auteur en paie la contre-valeur (cf. ATF 107 IV 166 consid. 2a p. 167), s'il avait, à tout moment ou, le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 39 consid. 3 p. 34ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.2.1). Le dol éventuel est suffisant et est réalisé lorsque l'auteur ne compte pas sérieusement avec la possibilité de rembourser le lésé (RVJ 2000 p. 234, BJP 2001 n°130).

- 13/18 - P/16057/2006

### **E. 2.4**

Selon l'art. 931 al. 1 et 2 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 [CC ; RS 210.0), le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. La monnaie et les titres au

porteur ne peuvent être revendiqués contre l'acquéreur de bonne foi, même si le possesseur en a été dessaisi contre sa volonté.

Celui qui n'a pas acquis de bonne foi la possession d'une chose mobilière peut être contraint en tout temps de la restituer au possesseur antérieur (art. 936 al. 1 CC). Le possesseur de mauvaise foi doit restituer la chose et indemniser l'ayant droit de tout le dommage résultant de l'indue détention, ainsi que des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir (art. 940 al. 1 CC).

Lorsque plusieurs personnes ont, chacune pour sa quote-part, la propriété d'une chose qui n'est pas matériellement divisée, elles en sont copropriétaires. Leurs quotes-parts sont présumées égales. Chacun des copropriétaires a les droits et les charges du propriétaire en raison de sa part, qu'il peut aliéner ou engager et que ses créanciers peuvent saisir (art. 646 CC).

### **E. 2.5**

Le manque de transparence manifesté tant par l'appelant que la partie plaignante caractérise le dossier soumis à la juridiction d'appel, que ce soit pour dissimuler des avoirs au fisc, pour tromper l'OCIRT ou pour d'autres raisons non moins avouables. A entendre les parties, il n'y aurait quasiment aucun acte qui soit le reflet de la réalité économique, le tout dans un climat de confiance qui n'a pas résisté à l'usure du temps. La partie plaignante s'est pliée à ce petit jeu, notamment en signant l'attestation du 23 décembre 1993 dont la teneur était inexacte mais dont la vérité apparente tendait à tromper le fisc en vue d'une soustraction d'impôts. En cautionnant des actes ne reflétant pas la réalité, l'intimé A\_\_\_\_\_ a fourni à son ancien associé les armes lui ayant permis de l'écartier de la société fondée en 1992.

Les explications et justifications avancées par l'appelant pour revendiquer la propriété exclusive du capital-actions de C\_\_\_\_\_ SA ne sont pas sérieuses. Elles se heurtent à la volonté manifestée par les deux souscripteurs et à des documents fiables figurant à la procédure, tels des courriers d'avocat, des pièces bancaires, des contrats signés par des tiers, etc. Ainsi en est-il, sans prétendre à l'exhaustivité :

- du contrat de bail signé le 28 janvier 1992 qui fonde les droits de locataire de l'intimé A\_\_\_\_\_ sur les locaux du 1\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ (pces 37 ss) ; - du retrait sur son compte bancaire de CHF 50'000.- à la veille de la constitution de C\_\_\_\_\_ SA (pce 51) ; - de l'attestation de la fiduciaire du 10 mars 1995 qui mentionne l'existence de deux débiteurs de l'impôt sur la fortune (pce 411) ; - du contrat de leasing où le contractant A\_\_\_\_\_ est l'interlocuteur de la société de leasing (pce 407) ; - des pièces bancaires non sujettes à interprétation qui permettent, sans doute aucun, de conclure que l'intimé a financé la reprise du fonds de commerce de M\_\_\_\_\_ SA à

- 14/18 - P/16057/2006 hauteur d'au moins CHF 150'000.- (pces 49 et 233), ce qui correspond à la moitié de sa valeur, ou qu'il s'est porté caution solidaire auprès de la banque à hauteur de CHF 300'000.- (pce 60).

La partie plaignante a même apporté la preuve documentée d'un investissement supérieur, sans compter qu'elle ne se serait pas portée caution solidaire si elle n'avait eu aucun intérêt financier dans la société, sauf à être stupide, ce qui n'est pas allégué. En bref, l'implication de l'intimé dans la création de la société et la reprise du commerce a été importante et ne s'explique que par sa qualité d'associé. L'appelant s'est d'ailleurs contredit sur le montant versé par l'intimé pour sa part d'acquisition du fonds de commerce, affirmant

successivement que ce paiement constituait peut-être une avance pour ensuite nier être au courant de cette transaction.

Au demeurant, le projet d'association pour reprendre la gestion du commerce de tabacs journaux et d'alimentation n'est pas sérieusement contesté. Il s'agissait d'un projet commun comme l'a expliqué le témoin F\_\_\_\_\_, nonobstant le fait que son interlocuteur exclusif fût l'appelant. Au-delà du manque de fiabilité des actes signés, il est établi que l'appelant et l'intimé ont mené leur projet à bien et qu'ils se sont associés à part égales dans C\_\_\_\_\_ SA.

Les contacts avec F\_\_\_\_\_ dont l'appelant se prévaut dans le cadre de l'acte notarié du 9 mars 1992 ne permettent pas de tirer une autre conclusion, dès lors que celui-là n'était pas le propriétaire des actions mais le simple gérant du commerce, en plus du fait qu'il était débiteur d'importantes sommes d'argent vis-à-vis de la société propriétaire qui avait cherché en 1991 à se désintéresser de créances impayées. Le désintéressement de G\_\_\_\_\_ SA par l'intimé a dans ce contexte une valeur probante. Au surplus, l'appelant n'a d'ailleurs pas apporté la preuve documentée de son achat des 24 actions de J\_\_\_\_\_ qui ne saurait être tenu pour établi sur la seule base d'une quittance et du justificatif du paiement de deux mensualités (pces 48, 278 et 279).

Au vu de ce qui précède, il ne fait aucun doute que l'appelant n'était pas fondé à écarter l'intimé de la société C\_\_\_\_\_ SA, comme il l'a proposé aux actionnaires présents le 8 mars 2004. Il a profité de l'absence forcée et prolongée de l'intimé en France pour le déposséder de ses biens, via la création d'une nouvelle société puis sa transformation ultérieure en SA. La substitution de C\_\_\_\_\_ SA par E\_\_\_\_\_ a été rendue possible par la similarité presque absolue des deux sociétés, qui va de la composition de ses actionnaires à la répartition du capital-actions en passant par le même but social. Le stratagème mis en place par l'appelant a été couronné de succès par la reprise du bail au nom de la nouvelle société. L'appelant s'est contredit, en affirmant à l'Assemblée être le seul détenteur économique de toutes les actions et en avouant par ailleurs à B\_\_\_\_\_, auteur du prêt via U\_\_\_\_\_, que l'intimé et lui-même étaient associés de la société à hauteur de la moitié chacun. Même si l'intimé n'a jamais été en possession des actions de C\_\_\_\_\_ SA, pour des motifs de dissimulation fiscale propres aux associés, il était clairement propriétaire de la moitié des actions, laquelle était détenue

- 15/18 - P/16057/2006 pour son compte par son associé en affaires. Dès lors que les actions de C\_\_\_\_\_ SA n'ont jamais été séparées en deux lots, elles doivent être considérées comme une valeur patrimoniale au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP.

En déléguant à son associé la gestion de la société pour être davantage disponible pour la gestion du commerce d'alimentation, l'intimé a accepté que l'appelant fasse un large usage de ses actions dans l'intérêt de C\_\_\_\_\_ SA et le sien. Tel n'était pas le cas du choix de le radier de sa qualité d'administrateur de la société, moyennant le transfert des actifs de cette dernière à une autre société dans laquelle il n'avait aucun intérêt.

En agissant de la sorte, l'appelant a fait preuve de mauvaise foi en jouant sur des apparences trompeuses et en profitant notamment de l'absence prolongée de l'intimé. Il s'est ainsi sans droit approprié une valeur patrimoniale et l'a utilisée contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée et en se procurant un enrichissement illégitime. Ce faisant, il a commis un abus de confiance au préjudice de l'intimé. Sa culpabilité retenue par le premier juge sera en conséquence confirmée.

## **E. 2.6**

Dans la mesure où l'appelant succombe, ses conclusions tendant à l'annulation de la restitution de la moitié des actions de C \_\_\_\_\_ SA à l'intimé et celles prises en indemnisation deviennent sans objet.

## **E. 2.7**

La peine n'a pas été contestée par l'appelant, même à titre subsidiaire. Elle sera donc confirmée, dès lors qu'elle répond aux critères posés par l'art. 47 CP.

## **E. 3.1**

Aux termes de l'art. 433 CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par la procédure si elle obtient gain de cause (let. a). La partie plaignante adresse ses prétentions à l'autorité pénale et doit les chiffrer et les justifier (al. 2 1ère phrase). L'art. 433 CPP, qui impose au plaignant de chiffrer et de justifier ses prétentions, s'explique par le fait que la maxime d'instruction ne s'applique pas à l'égard de la partie plaignante : celle-ci doit demeurer active et demander elle-même une indemnisation (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_475/2011 du 11 janvier 2012 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011, n. 12 ad art. 433 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 13 ad art. 433). La partie plaignante a obtenu gain de cause au sens de cette norme lorsque le prévenu a été condamné et/ou si les prétentions civiles sont été admises (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, op. cit., n. 6 ad art. 433 ; N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar, Zurich 2009, n. 6 ad art. 433).

- 16/18 - P/16057/2006 La partie plaignante, qui n'a pas fait valoir ses droits lors de la procédure de recours, ne peut déposer une demande spontanée à cette fin une fois celle-là terminée (ACPR/103/2012 du 8 mars 2012).

## **E. 3.2**

L'intimé n'a produit aucune note d'honoraires relative à son activité durant la procédure d'appel, se limitant à conclure aux dépens. Les prétentions en indemnisation de la partie plaignante ne sauraient recevoir le même traitement que celles d'un prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_475/2011 du 11 janvier 2012 a contrario et art. 429 al. 2 CPP à comparer avec l'art. 433 al. 2 1ère phrase CPP). Il s'ensuit que, faute d'avoir chiffré ses prétentions en indemnité, l'intimé sera débouté de ses conclusions sur ce point, la juridiction d'appel ne pouvant entrer en matière sur sa revendication (art. 433 al. 2 deuxième phrase CPP).

## **E. 4**

L'appelant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 CPP), lesquels comprennent une indemnité de procédure de CHF 2'500.- (art. 14 al. 1 let. c du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, E 4 10.03). \* \* \* \* \*

- 17/18 - P/16057/2006