

# **GE\_GERICHTE ACPR/294/2019 vom 19. Oktober 2018**

GE Cour de justice, 2018-10-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_294\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_294_2019)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/294/2019 du 19 octobre 2018

IT: GE\_GERICHTE ACPR/294/2019 del 19 ottobre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recourant a déposé deux recours, dirigés contre deux décisions distinctes. Ceux-ci émanant de la même personne et concernant la même procédure, il se justifie, par économie de procédure, de les joindre et de les traiter par un seul arrêt, aucun intérêt ne s'opposant à une telle jonction (art. 30 CPP).

### **E. 2**

Les recours sont recevables pour avoir été déposés selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner des ordonnances sujettes à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la partie plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

- 6/12 - P/14715/2018

### **E. 3**

Le recourant reproche au Ministère public de ne pas être entré en matière sur sa plainte du 31 juillet 2018.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 310 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a). Le ministère public doit être certain que les faits ne sont pas punissables (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 et les références citées). Le principe "in dubio pro duriore" découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 19 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). Il signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infraction grave (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91; ATF 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_417/2017 du 10 janvier 2018 consid. 2.1.2; 6B\_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). En cas de doute, il appartient donc au juge matériellement compétent de se prononcer (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_185/2016 du 20

novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). Des motifs de fait peuvent justifier la non-entrée en matière. Il s'agit des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public. Il faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le Procureur doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 9 ad art. 310; R. PFISTER-LIECHTI (éd.), La procédure pénale fédérale, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 62; DCPR/85/2011 du 27 avril 2011). La non-entrée en matière peut également résulter de motifs juridiques. La question de savoir si les faits qui sont portés à sa connaissance constituent une infraction à la loi pénale doit être examinée d'office par le ministère public. Des motifs juridiques de

- 7/12 - P/14715/2018 non-entrée en matière existent lorsqu'il apparaît d'emblée que le comportement dénoncé n'est pas punissable (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), op. cit., n. 10 ad art. 310; DCPR/104/2011 du 11 mai 2011).

### **E. 3.2**

Se rend coupable de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, au sens de l'art. 164 ch. 1 CP, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, et s'il a été déclaré en faillite, aura, notamment, diminué son actif en cédant des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure. L'élément déterminant de cette infraction est que le comportement de l'auteur entraîne une perte de valeur affectant l'un ou l'autre des actifs disponibles pour désintéresser le ou les créanciers poursuivants. Toutes les libéralités tombent sous le coup de la loi, ainsi que toute aliénation moyennant une contre-valeur insuffisante, pour autant que l'intention de nuire aux créanciers soit prouvée (ATF 126 IV 9 consid. 2b). A contrario, une aliénation ou une acquisition pour un prix correct n'est pas visée par cette disposition. Il en est de même si l'auteur prend des engagements sans contre-valeur correspondante ou s'il cause un préjudice en tardant à payer une dette (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 3e éd., 2010, n. 11-13 et 16 ad art. 164 CP). L'infraction est intentionnelle, mais le dol éventuel suffit (B. CORBOZ, op. cit., n. 23 ad art. 164 CP).

### **E. 3.3**

Selon l'art. 165 CP, se rend coupable de gestion fautive celui qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP (diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers), par des fautes de gestion, notamment, par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou l'utilisation à la légère de crédits, par le bradage de valeurs patrimoniales ou par une négligence coupable dans l'exercice de sa profession ou dans l'administration de ses biens, aura causé ou aggravé son surendettement, alors qu'il avait été déclaré en faillite. Cette disposition est conçue pour les cas d'optimisme déraisonnable et s'applique lorsque l'intention de nuire aux créanciers ne peut pas être prouvée (B. CORBOZ, op. cit., n. 9 ad art. 165 CP). L'auteur est soit le débiteur lui-même, soit l'une des personnes visées à l'art. 29 CP (arrêt du Tribunal fédéral

6B\_1047/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.3.). La faute de gestion visée par l'art. 165 CP peut consister en une action ou en une omission. L'omission ne peut être reprochée que s'il existait un devoir juridique d'agir. C'est en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il faut déterminer si celui-ci a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle (ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 41; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_726/2017 du 20 octobre 2017 consid. 1.2). L'art. 165 CP ne vise

- 8/12 - P/14715/2018 que les fautes de gestion économiques grossières. Ainsi du conseil d'administration qui omet d'aviser le juge lorsque les conditions de l'art. 725 al. 2 CO sont réunies (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_242/2015 du 6 octobre 2015 consid. 1.3.1.). Par ailleurs, doivent être considérées comme exagérées les dépenses professionnelles effectuées par les dirigeants d'une entreprise en difficulté pour conserver leur train de vie dans le cadre de l'entreprise, comme l'achat ou la location de voitures de service luxueuses ou l'établissement de somptueuses notes de frais pour des repas d'affaires absolument pas nécessaires à la bonne marche de l'entreprise (Y. WERMEILLE, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117/1999 p. 387). Enfin, l'utilisation à la légère de crédits vise le cas du débiteur qui utilise les crédits qui lui ont été accordés en l'absence de tout motif valable, notamment d'ordre économique, et dans un but autre que celui qui avait été initialement décidé (op. cit., p. 389). La grave négligence ne saurait être confondue avec l'inexpérience, le droit pénal n'ayant pas à sanctionner l'incapacité lorsque celle-ci n'est pas fautive (op. cit., p. 390). La survenance d'un risque inhérent à l'activité économique considérée ne signifie pas a posteriori qu'une décision fautive aurait été prise par le débiteur ou par l'organe de la personne morale (ATF 144 IV 52 consid. 7.4 p. 54). L'analyse de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction laisse au juge une très grande liberté d'appréciation (Y. WERMEILLE, op. cit., p. 385).

### **E. 3.4**

L'art. 166 CP punit le débiteur qui aura contrevenu à l'obligation légale de tenir régulièrement ou de conserver ses livres de comptabilité, ou de dresser un bilan, de façon qu'il est devenu impossible d'établir sa situation ou de l'établir complètement, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Cette disposition vise l'obligation de tenir une comptabilité prévue par le Code des obligations (art. 957 ss CO), de dresser un bilan et de conserver les livres de comptabilité (art. 962 CO), y compris les pièces justificatives (B. CORBOZ, op. cit., n. 1-3 ad art. 166).

L'obligation est violée lorsqu'il n'y a pas de comptabilité du tout, lorsqu'elle est tenue de manière irrégulière et lacunaire, lorsqu'elle est fautive ou encore lorsque les comptes et les pièces justificatives n'ont pas été conservés (art. 962 CO; B. CORBOZ, op. cit., n. 7 ad art. 166).

L'art. 166 CP suppose que l'auteur ait non seulement l'intention de ne pas tenir les livres prescrits et de ne pas les tenir de manière régulière, mais encore qu'il sache et veuille par là qu'il devienne impossible d'établir complètement la situation comptable. À défaut d'une telle intention - le dol éventuel étant suffisant - l'acte n'est punissable qu'en vertu de l'art. 325 CP (ATF 117 IV 63; 117 IV 499 consid. 5; 72 IV 17 consid. 4).

- 9/12 - P/14715/2018

### **E. 3.5**

En l'espèce, bien que l'Office des faillites ait affirmé qu'il ne ressortait nullement de la comptabilité de C\_\_\_\_\_ Sàrl, en faillite, que la clientèle et les actifs de celle-ci auraient été "méthodiquement siphonnés au cours des dernières années", l'on ne saurait se limiter ici à examiner le bilan et le compte bancaire de la société faillie pour exclure toute commission d'infraction aux art. 164 et 165 CP, plusieurs éléments du dossier étant de nature à faire naître des doutes quant à la conformité au droit des opérations qui ont précédé sa faillite. En effet, la chronologie du dossier fait clairement apparaître que l'activité de la société a soudainement fortement diminué, en 2013, en concomitance avec la naissance du litige avec le recourant, les prestations facturées s'élevant à CHF 123'385.40, alors qu'en 2012, elles s'élevaient à CHF 204'142.35. En 2016, le bilan fait état d'une seconde diminution de l'activité, alors que la Cour de justice a rendu son arrêt et que le Tribunal fédéral l'a confirmé. Le prévenu ayant admis avoir continué son activité professionnelle en raison individuelle, activité bénéficiaire, inscrite au Registre du commerce un mois avant le prononcé de la faillite de la société C\_\_\_\_\_ Sàrl, l'on ne peut exclure une reprise de l'activité de la société C\_\_\_\_\_ Sàrl par la nouvelle entreprise. Au vu de ce qui précède, l'allégation du recourant selon laquelle l'activité de la société C\_\_\_\_\_ Sàrl aurait été transférée vers la raison individuelle dans le but de léser les créanciers de la première ne peut être écartée à ce stade de la procédure. Des indices existent, qui interdisent de refuser l'entrée en matière aussi précocement, les possibilités d'un acquittement n'étant en tout cas pas supérieures à celles d'une condamnation, alors qu'aucun acte d'enquête n'a été diligenté. De plus, il ne peut, en l'état, non plus être exclu que le prévenu ait causé ou aggravé le surendettement de la société et la gestion fautive ne peut être écartée sans que le Ministère public ait effectué les vérifications nécessaires. Seuls des actes d'enquêtes complémentaires du Ministère public sont susceptibles d'éclaircir ce point. Il conviendra d'entendre les clients figurant sur les prestations facturées en 2016 et les employés des deux sociétés en 2016 et 2017, afin de s'assurer que l'activité n'a pas été transférée à la société en raison individuelle avant le prononcé de la faillite, voire de se procurer les comptes de la nouvelle société, en raison individuelle. Enfin, il appartiendra au Ministère public de déterminer, à la suite des actes d'enquête effectués, si la comptabilité de la société C\_\_\_\_\_ Sàrl a été établie de manière régulière.

### **E. 3.6**

Fondé, le recours doit être admis ; partant, l'ordonnance de non-entrée en matière du 19 octobre 2018 sera annulée et la cause retournée au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

- 10/12 - P/14715/2018

### **E. 4**

Le recourant reproche au Ministère public de lui avoir refusé le bénéfice de l'assistance judiciaire.

#### **E. 4.1**

À teneur de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles lorsqu'elle est indigente (let. a) et que l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b). L'assistance judiciaire comprend, entre autres, la désignation d'un conseil juridique gratuit, lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige (art.

136 al. 2 let. let. c).

#### **E. 4.1.2**

; 1B\_26/2013 du 28 mai 2013 consid. 2.3 et 1B\_45/2012 du 8 juin 2012 consid. 4.5). Sur délégation de la direction de la procédure, le Service de l'assistance juridique du Pouvoir judiciaire établit la situation financière de la partie plaignante et administre les preuves nécessaires (art. 20 al. 1 et 2 LaCP).

#### **E. 4.2**

Selon les critères déduits de l'art. 29 al. 3 Cst. par la jurisprudence au sujet de la condition de la nécessité de la désignation d'un conseil juridique au lésé, il est considéré, en règle générale, que la procédure pénale ne nécessite que des connaissances juridiques modestes pour la sauvegarde des droits du lésé. Il s'agit essentiellement d'annoncer ses éventuelles prétentions en réparation de son dommage et de son tort moral ainsi que de participer aux auditions du prévenu, des témoins éventuels et de poser, cas échéant, des questions complémentaires. Un citoyen moyen devrait ainsi être en mesure de défendre lui-même ses intérêts de lésé dans une enquête pénale (ATF 123 I 145 consid. 2b/bb, repris dans le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1160 ; ATF 116 Ia 459 consid. 4e ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_450/2015 du 22 avril 2016 consid. 2.3). Pour évaluer si l'affaire présente des difficultés que la partie plaignante ne pourrait pas surmonter sans l'aide d'un avocat, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut tenir compte notamment des intérêts en jeu, de la complexité de la cause tant en fait qu'en droit, mais aussi des circonstances personnelles du demandeur, notamment son âge, sa situation sociale, sa formation, son état de santé, sa connaissance de la langue (arrêts du Tribunal fédéral 1B\_450/2015 du 22 avril 2016 consid. 2.3 ; 6B\_122/2013 du 11 juillet 2013 consid.

#### **E. 4.3**

En l'espèce, l'indigence du recourant a été établie par le Service de l'assistance juridique.

- 11/12 - P/14715/2018 S'agissant de la complexité de la cause, les infractions dénoncées présentent un caractère relativement technique, portant sur la diminution d'actifs d'une société, au détriment des créanciers. Le Ministère public va vraisemblablement procéder à l'audition de plusieurs personnes et solliciter la production de pièces comptables. Le recourant, qui ne paraît pas particulièrement versé dans la gestion d'une entreprise, actuellement à l'Hospice général, ne peut manifestement que compter sur l'aboutissement d'une action civile par adhésion à la procédure pénale, ne pouvant plus espérer le désintéressement intégral de ses prétentions salariales par la masse en faillite. Dans ces conditions, il convient de considérer que l'action civile n'est pas manifestement vouée à l'échec et la cause présente des difficultés particulières, tant en fait qu'en droit, justifiant que le recourant soit pourvu d'un conseil juridique gratuit.

#### **E. 4.4**

Fondé, le recours doit également être admis sur ce point ; partant, l'ordonnance de refus d'octroi de l'assistance juridique du 19 octobre 2018 sera également annulée.

#### **E. 5**

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

#### **E. 6**

L'indemnité du conseil juridique gratuit sera fixée à la fin de la procédure (art. 135 al. 2 cum 138 al. 1 CPP). \* \* \* \* \*

- 12/12 - P/14715/2018

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.