

GE_GERICHTE ACPR/36/2022 vom 17. Juni 2021

GE Cour de justice, 2021-06-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_36_2022

FR: GE_GERICHTE ACPR/36/2022 du 17 juin 2021

IT: GE_GERICHTE ACPR/36/2022 del 17 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la 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).

E. 2

La recourante fait grief au Ministère public d'avoir omis d'indiquer les voies de recours dans sa décision. Elle n'en tire toutefois aucune conclusion, de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce point.

E. 3

La recourante estime par ailleurs que le changement de position du Ministère public entre ses deux avis de prochaine clôture serait contraire à la bonne foi et que le fait qu'il ne s'en explique pas dans l'ordonnance querellée violerait son droit d'être entendue.

E. 3.1

La garantie du droit d'être entendu, déduite de l'art. 29 al. 2 Cst., impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que les parties puissent les comprendre et apprécier l'opportunité de les attaquer, et que les autorités de recours soient en mesure d'exercer leur contrôle (ATF 141 III 28 consid. 3.2.4; ATF 136 I 229 consid. 5.2; ATF 135 I 265 consid. 4.3). Il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3 et les références = JdT 2017 IV p. 243 ; ATF 142 I 135 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 6B_246/2017 du 28 décembre 2017 consid. 4.1 ; 6B_726/2017 du 20 octobre 2017 consid. 4.1.1).

E. 3.2

Ainsi que cela ressort expressément de la loi (art. 318 al. 1 et 3 CPP), l'avis de prochaine clôture n'est pas une décision. Partant, le Ministère public pouvait, sans avoir à se justifier, aviser qu'il entendait classer une partie des faits, après avoir initialement annoncé un renvoi en jugement (cf. sur le changement d'avis du ministère public : Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE

- 10/16 - P/3724/2014 (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., Bâle 2019, n. 7 ad art. 318). Son absence de motivation n'est dès lors pas constitutive d'une violation du droit d'être entendu. Ce grief est, partant, infondé.

E. 4

La recourante conteste la réalisation des conditions d'un classement de la procédure, estimant que le comportement reproché à l'intimé est constitutif de gestion déloyale.

E. 4.1

Conformément à l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de la procédure, notamment, lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b) ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d), tels que la prescription de l'action pénale (L. MOREILLON/ A. PAREIN-REYMOND, Code de procédure pénale - Petit commentaire, 2ème éd., Bâle 2016, n. 17 ad art. 319). Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "in dubio pro duriore". Celui-ci, qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2) et qui s'impose également à l'autorité de recours, signifie qu'en principe, un classement ne peut être prononcé 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'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées). 4.2.1. L'art. 158 CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés (ch. 1 al. 1). Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans. Cette infraction suppose quatre conditions : il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un préjudice et qu'il ait agi intentionnellement (ATF 120 IV 190 consid. 2b - 11/16 - P/3724/2014 p. 192; arrêt du Tribunal fédéral 6B_949/2014 du 6 mars 2017 consid. 12.1). Dans sa forme aggravée, il faut encore que l'auteur ait agi dans un dessein d'enrichissement illégitime (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_663/2014 du 22 décembre 2017 consid. 6.4). 4.2.2. Le comportement délictueux visé à l'art. 158 CP n'est pas décrit par le texte légal. Il 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, au regard notamment des dispositions légales et contractuelles applicables (arrêts du Tribunal fédéral 6B_787/2016 du 2 mai 2017 consid. 2.3.1 et 6B_233/2013 du 3 juin 2013 consid. 3.2). En vertu de l'art. 398 al. 2 CO, le gérant est en particulier responsable envers le client de la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO; ATF 124 III 155 consid. 2b p. 161). Le gérant a donc un devoir de diligence, qui s'apprécie au moyen de critères objectifs; on cherchera à déterminer comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi en gérant l'affaire en cause. Les exigences seront plus

sévères à l'égard du mandataire qui exerce son mandat à titre professionnel, moyennant rémunération. La nature du mandat confié et les particularités de l'espèce entrent également en ligne de compte. Il en va de même des éventuelles usances ou règles généralement suivies dans une profession ou dans un secteur de l'économie (arrêt du Tribunal fédéral 4A_72/2020 du 23 octobre 2020 consid. 5.3.1). 4.2.3. L'enrichissement désigne toute forme d'amélioration de la situation patrimoniale, y compris temporaire. Il est illégitime s'il est acquis de façon contraire à l'ordre juridique: il y a enrichissement illégitime si l'auteur ne peut valablement y prétendre (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., Bâle 2017, n. 25-26 ad rem. prélim. aux art. 137ss). L'enrichissement illégitime doit correspondre au dommage de la dupe (principe de l'identité matérielle). Il est donc déterminant qu'il ne provienne pas d'un autre patrimoine que celui de la victime (cf. AARP/217/2019 du 26 juin 2019 consid. 6.2.2.1 et les références citées). 4.2.4. La gestion déloyale est une infraction intentionnelle. La conscience et la volonté de l'auteur doivent englober tous les éléments constitutifs de l'infraction, y compris le dessein d'enrichissement illégitime. Le dol éventuel, soit lorsque l'auteur tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte, au cas où celle-ci se produirait, suffit (art. 12 al. 2 CP ; ATF 142 IV 346 consid. 3.2 p. 351 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_787/2016 du 2 mai 2017 et 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.3).

- 12/16 - P/3724/2014 Un acte de gestion déloyale commis par négligence n'est en revanche pas punissable. La négligence consciente se distingue du dol éventuel par l'élément volitif. Alors que celui qui agit par dol éventuel s'accommode du résultat dommageable pour le cas où il se produirait, celui qui agit par négligence consciente escompte – ensuite d'une imprévoyance coupable – que ce résultat, qu'il envisage aussi comme possible, ne se produira pas. La distinction entre le dol éventuel et la négligence consciente peut parfois s'avérer délicate, notamment parce que, dans les deux cas, l'auteur est conscient du risque de survenance du résultat. En l'absence d'aveux de la part de l'auteur, la question doit être tranchée en se fondant sur les circonstances extérieures, parmi lesquelles figurent la probabilité, connue de l'auteur, de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont élevées, plus l'on sera fondé à conclure que l'auteur a accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable (arrêt du Tribunal fédéral 6B_268/2020 du 6 mai 2020 consid. 1.3 et les références citées).

E. 4.3

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 (exception de la *lex mitior*). L'art. 389 CP est une concrétisation de ce principe, s'agissant de la prescription. Il prévoit que les dispositions du nouveau droit concernant la prescription de l'action pénale sont applicables aux infractions commises avant l'entrée en vigueur du nouveau droit si elles sont plus favorables à l'auteur que celles de la loi ancienne. Si, au contraire, la loi nouvelle fixe un délai de prescription plus long, on appliquera la loi ancienne à une infraction commise sous son empire (principe de la non-rétroactivité; cf. ATF 129 IV 49 consid. 5.1 p. 51). À l'heure actuelle, l'action pénale se prescrit par quinze ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 97 al. 1 let. b CP), par dix ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de trois ans (let. c) et par sept ans si la peine maximale encourue est une autre peine (let. d). Avant le 1er janvier 2014, l'art. 97 CP prévoyait

toutefois que l'action pénale se prescrivait par quinze ans si l'infraction était passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (art. 97 al. 1 let. b aCP), mais par sept ans si elle était passible d'une autre peine (let. c).

E. 4.4

En l'espèce, la recourante a mandaté l'intimé en vue de l'acquisition d'un appartement en Tchéquie. La qualité de gérant de l'intéressé est dès lors indéniable. Ce dernier a par ailleurs fait signer à ses mandants un contrat dont ni ceux-ci, ni lui-même, ne comprenaient la teneur. Le fait que des chiffres, des noms et des adresses aient été discernables est à cet égard tout à fait insuffisant, preuve en est que contrairement à ce qu'il a présenté à ses clients, il ne s'agissait pas d'un contrat de

- 13/16 - P/3724/2014 vente, mais d'une réservation qui devait être suivie de la signature d'un contrat de vente, et dont le prix devait en toute hypothèse être diminué de l'acompte versé. À cela s'ajoute qu'outre le fait que l'intimé ne s'est pas préoccupé d'obtenir un acte signé de la venderesse préalablement au virement des fonds, ceux-ci excédaient de CZK 200'000.- le prix convenu. Par la suite, l'intimé ne s'est inquiété ni du développement du projet, alors que l'appartement faisait l'objet de travaux, ni de l'absence de factures (travaux, notaires), pourtant usuelles dans le domaine et dont le paiement était prévu par la procuration signée en sa faveur. Enfin, alors qu'il ne pouvait ignorer que ses clients, âgés et qui ne disposaient d'aucun contact en Tchéquie, se reposaient entièrement sur lui pour la gestion de l'affaire, l'intimé n'a procédé à aucune démarche pour s'assurer que l'objet avait été livré et serait entretenu de manière à pouvoir assurer le rendement de 3% promis à ses mandants. Les voyages entrepris en Tchéquie avant la signature du contrat, le versement des fonds en mains d'un notaire – que l'intimé n'a au demeurant rencontré que plusieurs années après les faits et dont on ignore même s'il était instruit d'une quelconque manière de sa mission vis-à-vis des époux A_____/D____ – ainsi que les démarches entreprises ultérieurement ne permettent ainsi pas, dans ces conditions, d'exclure une violation de son obligation de diligence par l'intimé. De ces actes ou omissions ont résulté une diminution du patrimoine de la plaignante que ce soit sous la forme d'un trop payé ou celle d'une absence de transfert du bien immobilier visé. La condition d'un dommage est ainsi réalisée, fût-ce de manière temporaire, étant rappelé qu'il incombe au lésé de diminuer autant que possible son dommage (ATF 132 III 359 consid. 4.3). Contrairement à ce qu'a estimé le Ministère public, il existe dès lors des soupçons suffisants d'actes de gestion déloyale au sens de l'art. 158 ch. 1 al. 1 CP, en lien avec l'acquisition de l'appartement de C____. Ce n'est toutefois qu'à la condition qu'un dessein d'enrichissement puisse être imputé à l'intimé que le classement prononcé par le Ministère public pourrait être considéré comme injustifié, l'infraction étant prescrite en l'absence de réalisation de cet élément. Que l'intimé ait pu agir en escomptant recevoir de K_____ un avantage dans le cadre de son emploi à la banque H_____ n'entre pas en considération, dès lors qu'un tel enrichissement ne résulterait qu'indirectement de l'appauvrissement de ses mandants. En revanche, le fait que l'acompte de réservation n'a pas été déduit du prix de vente versé quelques semaines plus tard a manifestement engendré un enrichissement illégitime, quand bien même son bénéficiaire est pour l'heure inconnu. Savoir si, en ordonnant ces versements, l'intimé a agi par dol éventuel ou uniquement par négligence, n'est pas du ressort de la Chambre de céans et il appartiendra au juge du fond de trancher cette question. Il en va de même des circonstances dans lesquelles l'appartement objet du contrat signé par la plaignante a été attribué à un tiers: en l'absence de tout renseignement à ce sujet, si ce n'est les

- 14/16 - P/3724/2014 explications de l'intimé, l'on ne peut exclure une forme d'intention de sa part de procurer à K_____ un enrichissement indu, rendue plausible par l'absence de tout contact ou vérification de l'intimé auprès du notaire chargé d'instrumenter l'acte, que ce soit avant ou après le transfert des fonds. À cet égard, il apparaît indispensable d'interroger, par voie de commission rogatoire internationale, à tout le moins le notaire et K_____, afin de faire la lumière sur ces faits et confronter le cas échéant leur version à celle de l'intimé. Il se justifie par conséquent d'annuler l'ordonnance querellée et de renvoyer la cause au Ministère public pour qu'il procède dans les meilleurs délais aux actes d'instructions requis.

E. 5

Fondé, le recours doit être admis ; partant, le classement partiel (ch. 1 du dispositif) et l'allocation à B_____ d'une indemnité pour ses frais de défense en lien avec les faits classés (ch. 7) seront annulés.

E. 6

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

E. 7.1

La partie plaignante, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 436 al. 3 CPP). L'indemnité couvre en particulier les honoraires d'avocat, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure. Seules les démarches raisonnables et nécessaires à une défense efficace doivent être retenues. Les honoraires doivent en particulier être arrêtés compte tenu du travail effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée, du résultat obtenu et de la situation du client. Sur cette base, la Cour de justice retient en principe un tarif horaire entre CHF 400.- et CHF 450.- pour un chef d'étude, de CHF 350.- pour les collaborateurs et de CHF 150.- pour les stagiaires (arrêts du Tribunal fédéral 2C_725/2010 du 31 octobre 2011 consid. 3 et 2C_25/2008 du 18 juin 2008 consid. 3, en matière d'assistance juridique, faisant référence aux tarifs usuels d'un conseil de choix à Genève ; AARP/125/2012 du 30 avril 2012 consid. 4.2; ACPR/178/2015 du 23 mars 2015 consid. 2.1).

E. 7.2

Dans le cas présent, la recourante chiffre ses prétentions à CHF 7'500.-, sans fournir de décompte précis de l'activité déployée ni préciser le tarif horaire appliqué. La partie "en fait" du recours, qui comporte 13 pages, page de garde comprise, manque de concision. Quatre pages de la partie "en droit" peuvent par ailleurs être considérées comme inutiles, car concernant des éléments que la Chambre de céans examine d'office (recevabilité) ou des griefs qui ont été écartés. La réplique s'étend sur six pages. La cause ne présente pas de difficultés factuelles ou juridiques particulières, et ne comporte que deux classeurs fédéraux, pour l'essentiel composés d'écritures ou documents émanants des plaignants et de pièces bancaires.

- 15/16 - P/3724/2014 À l'aune des principes rappelés ci-dessus, il convient donc de considérer que l'activité induite par ces différents actes, y compris un entretien avec la recourante, ne devrait pas dépasser six heures d'activité, au tarif horaire de CHF 450.-. Une indemnité de CHF 2'907.90, TVA à 7.7% comprise, sera ainsi allouée à la recourante, à la charge de l'État.

E. 7.3

Les conditions d'une indemnisation de l'intimé, prévenu, ne sont pas réalisées, de sorte que ses conclusions en paiement seront rejetées (art. 429 al. 1 CPP). * * * * *

- 16/16 - P/3724/2014

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