

# **GE\_GERICHTE ACPR/524/2021 vom 28. Januar 2021**

GE Cour de justice, 2021-01-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_524\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_524_2021)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/524/2021 du 28 janvier 2021

IT: GE\_GERICHTE ACPR/524/2021 del 28 gennaio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP). À titre liminaire, la question de l'irrecevabilité du recours faute de lésion subie par la recourante peut se poser. Néanmoins, elle peut rester ouverte au vu des considérations qui suivent.

### **E. 2**

La recourante se plaint d'une "violation de l'art. 62 al. 1 CPP". Dans ses développements à ce sujet, elle reproche au Ministère public de ne pas lui avoir transmis une lettre du prévenu, l'empêchant de se déterminer sur son contenu. On peut déduire que la recourante soulève en réalité une violation de son droit d'être entendue.

#### **E. 2.1**

Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 3 al. 2 let. c CPP et 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222 s.; ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299). La violation du droit d'être entendu, même si elle s'avérait grave, peut être réparée lorsque la partie concernée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet quant aux faits et au droit et que le renvoi de la cause à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 = SJ 2011 I 347).

#### **E. 2.2**

En l'espèce, la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir d'examen (art. 389 et 391 CPP) et la recourante a eu la possibilité de s'exprimer sur la lettre en question, dans son recours et dans ses observations. Il serait excessif d'annuler la décision

- 7/13 - P/9082/2020 querellée et de renvoyer la cause au Ministère public pour ce seul motif. Il s'ensuit que son droit d'être entendu n'a pas été violé. Le grief est donc rejeté.

### **E. 3**

La recourante reproche au Ministère public une violation du principe "in dubio pro duriore" s'agissant des soupçons d'abus de confiance, de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité pesant contre le prévenu.

### **E. 3.1**

Conformément à l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b). La décision de classer la procédure doit être prise en application du principe "in dubio pro reo", qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91). Il signifie qu'en règle générale, 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).

### **E. 3.2**

Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers, des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Sur le plan objectif, l'infraction suppose qu'une valeur ait été confiée, autrement dit que l'auteur ait acquis la possibilité d'en disposer, mais que, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou un autre rapport juridique, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé, en d'autres termes, qu'il l'ait reçue à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de la conserver, de la gérer ou de la remettre (ATF 133 IV 21 consid. 6.2 p. 27; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_613/2016 et 6B\_627/2016 du 1er décembre 2016 consid. 4; 6B\_635/2015 du 9 février 2016 consid. 3.1). Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée

- 8/13 - P/9082/2020 (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 p. 259; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_356/2016 du 6 mars 2017 consid. 2.1). Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, qui peut être réalisé par un dol éventuel (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 p. 27 et les références citées; ATF 118 IV 27 consid. 2a p. 34; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_356/2016 du 6 mars 2017 consid. 2.1; 6B\_635/2019 du 9 février 2016 consid. 3.1).

### **E. 3.3**

Selon l'art. 164 ch.1 CP, se rend coupable de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, et s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, aura diminué son actif en endommageant, détruisant, dépréciant ou mettant hors d'usage des valeurs patrimoniales, en cédant des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure, en refusant sans raison valable des droits qui lui reviennent ou en renonçant gratuitement à des droits. La liste des comportements délictueux contenus dans l'art. 164 ch. 1 CP est exhaustive (ATF 126 IV 5 consid. 2d; B. CORBOZ, Les

infractions en droit suisse, vol. I, 2010, n. 11 ad art. 164 CP et les références citées). Pour que l'infraction soit réalisée, il faut que l'auteur ait agi de manière à causer un dommage à ses créanciers; il n'est pas nécessaire que le ou les créanciers aient effectivement subi une perte. Sous la forme minimale du dol éventuel, il suffit que l'auteur accepte l'éventualité que son comportement puisse nuire au créancier. L'intention du débiteur doit porter sur un véritable dommage de nature pécuniaire et non pas seulement sur un retardement ou une complication de la procédure d'exécution forcée. Il doit vouloir causer un préjudice à ses créanciers dans le cadre d'une telle procédure et non, par exemple, par le simple non-respect d'un contrat. Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit déjà poursuivi au moment de l'acte. Celui-ci peut ainsi être commis avant l'ouverture de la poursuite. L'élément subjectif est alors déterminant. Il est nécessaire que l'auteur sache qu'il se trouve dans une situation financière difficile ou qu'il ait envisagé et accepté la possibilité que sa situation financière puisse se dégrader jusqu'à l'introduction de la poursuite. Le dessein d'enrichissement illégitime n'est pas requis. Les mobiles de l'auteur sont sans pertinence, de sorte qu'il importe peu qu'il agisse dans son intérêt personnel, par méchanceté ou pour toute autre raison (B. CORBOZ, op. cit., n. 6 ad art. 163 CP, n. 40 ss ad art. 163 CP et n. 24 ad art. 164 CP et les références citées; Y. WERMEILLE, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 1999, p. 383-384).

- 9/13 - P/9082/2020 Le prononcé de la faillite est une condition objective de punissabilité, et non pas un élément constitutif de l'infraction, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'intention de l'auteur porte sur la survenance de la faillite. Il n'est pas non plus exigé qu'il y ait un rapport de causalité entre son comportement fautif et la survenance de la faillite. De même, l'infraction est consommée dès l'adoption du comportement délictueux, et non pas au moment de la déclaration de faillite (B. CORBOZ, op. cit., n. 30 ss ad art. 163 CP et n. 18 ss ad art. 164 CP).

### **E. 3.4**

Selon l'article 166 CP, 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 à la suite d'une saisie pratiquée en vertu de l'article 43 LP, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. On vise ici l'obligation de tenir une comptabilité prévue par le Code des obligations (art. 957 ss CO). Selon l'art. 957 al. 1 CO, quiconque a l'obligation de faire inscrire sa raison de commerce au registre du commerce, doit tenir et conserver, conformément aux principes de régularité, les livres exigés par la nature et l'étendue de ses affaires. Ceux-ci refléteront à la fois la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et des créances se rattachant à l'exploitation, de même que les résultats des exercices annuels. L'obligation est violée lorsqu'il n'y a pas de comptabilité du tout, lorsque la comptabilité est tenue de manière irrégulière ou lacunaire, lorsqu'elle contient de nombreuses erreurs pratiquement impossibles à rectifier ou encore si les comptes et les pièces justificatives n'ont pas été conservés (B. CORBOZ, op. cit., p. 536 ss ad art. 166 CP et les références citées). Le prononcé de la faillite du débiteur est une condition objective de punissabilité (B. CORBOZ, op. cit., n. 9 ad art. 166 CP). L'obligation légale vise tout organe dont l'extrait du registre du commerce indique qu'il exerce à tout le moins collectivement la gestion et la représentation de la société (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. SOLL (éd.), Code pénal,

Petit commentaire, Bâle 2012, n. 5 ad art. 166 et les références citées). Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle mais le dol éventuel suffit. L'auteur doit avoir connaissance de son devoir et accepter les conséquences d'une violation de celui-ci ; il n'est pas nécessaire qu'il ait la volonté de dissimuler sa situation réelle (ATF 117 IV 164). Faute d'intention, l'acte est punissable en

- 10/13 - P/9082/2020 application de l'art. 325 CP (ATF 72 IV 17) pour inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité.

### **E. 3.5**

En l'espèce, il ressort de l'ensemble des pièces figurant au dossier que les éléments constitutifs des infractions d'abus de confiance, de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et de violation de l'obligation de tenir une comptabilité ne sont pas réunis. À l'instar du Ministère public, il y a lieu de relever que, selon les échanges entre la recourante et le mis en cause (ou pour lui, sa collaboratrice), les montants débités du compte de la société ont été affectés au financement d'activités conformes au but social durant les années 2011 et 2012. Il était en effet question du paiement de frais liés à une licence avec une agence de voyage, au dépôt de marques ou de l'achat d'une franchise au Maroc. Certains versements ont été ordonnés par la recourante elle-même, montrant par la sorte son implication dans la gestion de la société. En outre, les relevés de comptes – dont la recourante avait reçu des extraits en 2013 – au mieux confirment que les paiements effectués depuis les comptes de la société étaient en accord avec la destination voulue par les parties, à tout le moins ne laissent aucun indice que le prévenu aurait utilisé ces fonds à des fins personnelles. On ne décèle ainsi pas d'emploi illicite des montants remis à la société par la recourante. À titre superfétatoire, l'autre actionnaire disposait aussi de la faculté de procéder à des paiements depuis les comptes de la société lorsque le mis en cause était administrateur, soit entre novembre 2011 et mai 2014. L'identité du donneur d'ordre des versements – fussent-ils litigieux – demeure ainsi incertaine. En outre, aucun élément concret ne permet de retenir une diminution de l'actif de la société qui serait le fait du prévenu. Ce dernier a d'ailleurs quitté son poste d'administrateur deux ans avant la faillite, alors que rien n'indiquait que celle-ci allait périliter et entrer en liquidation. Dans ce contexte, il ne pouvait pas avoir le dessein d'agir au préjudice de créanciers. Il y a finalement lieu de relever que le prévenu transmettait régulièrement les pièces comptables à la fiduciaire. Il a ensuite cherché durant plusieurs mois à obtenir de celle-ci l'établissement des comptes de la société, allant jusqu'à la mettre en demeure de s'exécuter. Lorsqu'il a obtenu une documentation – incomplète – en vue de clôturer le premier exercice, mais qui nécessitait des compléments de sa part, il n'a pas tardé à répondre aux questions qui lui étaient posées. On ne saurait donc imputer au prévenu l'absence de comptabilité pour la période où il était administrateur, celui-ci ayant entrepris ce qui pouvait raisonnablement être attendu de lui dans les circonstances concrètes.

- 11/13 - P/9082/2020 Par conséquent, les éléments constitutifs des infractions en cause ne sont manifestement pas réunis et aucune mesure d'instruction ne paraît être à même de modifier ce constat. À ce titre, les réquisitions de preuve formulées par la recourante peuvent être écartées. Les échanges écrits entre la fiduciaire et B\_\_\_\_\_ (ou pour lui, sa collaboratrice) mettent suffisamment en lumière les efforts entrepris par celui-ci pour établir une comptabilité et sa démission de son poste d'administrateur en 2013 n'est pas contestée. En outre, les relevés bancaires déjà versés à la procédure, couvrant la période en novembre 2011 et mars 2012, ne laissent apparaître aucun versement prohibé par B\_\_\_\_\_ et rien ne

porte à croire qu'il en serait différemment pour les autres mois. La décision du Ministère public ne prête dès lors pas le flanc à la critique.

**E. 4**

Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

**E. 5**

La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en globalité à CHF 1'500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03). \* \* \* \* \*

- 12/13 - P/9082/2020

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