

# **GE\_GERICHTE ACPR/532/2023 vom 6. Februar 2023**

GE Cour de justice, 2023-02-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_532\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_532_2023)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/532/2023 du 6 février 2023

IT: GE\_GERICHTE ACPR/532/2023 del 6 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours a été interjeté selon la forme et – les réquisits de l'art. 85 al. 2 CPP n'ayant pas été respectés – 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).

### **E. 1.2**

Il émane de la société anonyme ayant porté plainte et produit dans la faillite pour le compte de sa succursale, laquelle n'a pas la personnalité juridique et qui fait partie de l'établissement principal (X. OULEVEY / J. LEVRAT, La société anonyme, Guide pratique des personnes morales et des sociétés, Schulthess Verlag (éd.), Zurich 2022, p. 50; cf. ATF 130 III 58 consid. 6.2 p. 65). La recourante a ainsi qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP). Partant, le recours est recevable.

### **E. 2**

La recourante reproche au Ministère public de n'être pas entré en matière sur sa plainte. Elle ne conteste pas la non-entrée en matière en lien avec la gestion déloyale, si bien que cette infraction ne sera pas examinée plus avant.

### **E. 2.1**

Selon l'art. 310 al. 1 let. a 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. Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "in dubio pro duriore". Celui-ci 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) et signifie qu'en principe une non-entrée en matière ne peut être prononcée par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas

- 7/13 - P/13206/2022 punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement 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 s.).

### **E. 2.2**

Se rend coupable d'abus de confiance celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée (art. 138 ch. 1 al. 1 CP) ou, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées (art. 138 ch. 1 al. 2 CP).

### **E. 2.2.1**

Une chose est confiée au sens de cette disposition lorsqu'elle est remise ou laissée à l'auteur pour qu'il l'utilise de manière déterminée dans l'intérêt d'autrui, en particulier pour la garder, l'administrer, la livrer ou la vendre selon des instructions qui peuvent être expresse ou tacites (ATF 120 IV 117 consid. 2b p. 115; 118 IV 32 consid. 2a p. 33). L'appropriation implique que l'auteur veut, d'une part, la déposséder durablement du propriétaire et, d'autre part, qu'il entend s'attribuer la chose, au moins pour un temps; cette volonté doit se manifester par des signes extérieurs : l'auteur doit se comporter d'une manière qu'il montre qu'il incorpore la chose à son patrimoine, que ce soit pour la conserver, la consommer ou l'aliéner, et se considère comme propriétaire, sans pour autant en avoir la qualité (ATF 121 IV 23 consid. 1c p. 25; 118 IV 148 consid. 2a p. 151 et les arrêts cités), et ce, dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 p. 27; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_61/2015 du 14 mars 2016 consid. 4.1).

### **E. 2.2.2**

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. 2 p. 33). 2.3.1. Selon l'art. 165 ch. 1 CP, celui qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP, 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, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable, se rend coupable de gestion fautive, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui.

- 8/13 - P/13206/2022 Cette disposition vise un comportement, légal en soi, mais exercé de telle manière qu'il a pour conséquence de causer ou d'aggraver l'insolvabilité du débiteur (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, n. 1 ad art. 165). N'est pas réprimé n'importe quel choix inadéquat ou appréciation malencontreuse, mais seulement un comportement qui dénote indiscutablement une légèreté blâmable, soit un manque du sens des responsabilités. L'auteur doit avoir adopté un comportement qui, considéré objectivement, doit être qualifié de fautif, en fonction des circonstances dont il avait connaissance ou acceptait l'éventualité (ATF 144 IV 52 consid. 7.3 p. 54; 115 IV 38 consid. 2 p. 41; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 22 et 57 ad art. 165). 2.3.2. L'art. 165 al. 1 CP mentionne comme faute de gestion les dépenses exagérées. Les dépenses peuvent apparaître exagérées en fonction des ressources du débiteur, mais aussi en tenant compte de leur faible justification commerciale. Un particulier soumis à la saisie effective des dépenses exagérées s'il fait des achats qui excèdent à l'évidence les ressources qu'il peut raisonnablement espérer. N'importe quelle

dépense déraisonnable ne constitue toutefois pas encore une dépense exagérée; pour tomber sous le coup de l'art. 165 CP, les dépenses doivent être exorbitantes et sans justification. Quant à la négligence coupable dans l'administration de ses biens, elle se rapporte à la gestion du patrimoine personnel. Elle sera généralement caractérisée par des dépenses exagérées, l'utilisation à la légère de crédit ou des spéculations hasardeuses (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1238/2018 du 16 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). Constitue aussi une négligence coupable dans l'exercice de sa profession l'omission de faire l'avis au juge exigé par l'art. 725 al. 2 CO en cas de surendettement (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1279/2018 du 26 mars 2019 consid. 2.2.1 et les arrêts cités) ou les décaissements injustifiés commercialement ou disproportionnés par rapport au chiffre d'affaires ou l'octroi de prêts à la légère (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op.cit., n. 25 et 27 ad art. 165; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), Code pénal – Petit commentaire, 2e éd., Bâle 2017, n. 10, 14 et 18 ad art. 165).

#### **E. 2.4**

Tombe sous le coup de l'art. 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, 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'art. 43 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). 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).

- 9/13 - P/13206/2022 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). Sur le plan subjectif, l'infraction 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 163 consid. 2a p. 165; ACPR/581/2014 du 9 décembre 2014 consid. 6.1).

#### **E. 2.5**

L'art. 29 let. a CP permet d'imputer à l'organe d'une société les actes pénalement répréhensibles qu'il a commis en agissant au nom de celle-ci; cette responsabilité perdure après la fin de son mandat (L. MOREILLON / A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS (éds), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021, note de bas de page n. 32 ad art. 29).

#### **E. 2.6**

En l'espèce, les mis en cause étaient les associés gérants – soit les organes – de la société, avec laquelle la succursale de la recourante est entrée en affaires et qui a ensuite fait faillite. La condition objective de punissabilité est réunie pour les infractions visées aux art. 165 et 166 CP, ce que le Ministère public ne conteste pas. Pour l'abus de confiance, il est exact que les mis en cause ont conjointement déclaré que l'acompte reçu de la succursale devait servir

à réserver l'hôtel à G\_\_\_\_\_. Cela ne suffit pas encore pour conclure qu'un accord en ce sens avait été convenu avec la succursale de la recourante dès lors que les éléments au dossier plaident l'inverse. Comme cela ressort de l'article premier du contrat de "prestation de service", la réservation de l'hôtel était une mission parmi d'autres incombant aux mis en cause. La rémunération forfaitaire de CHF 396'859.44 prévue par le deuxième article constituait la "contrepartie de la réalisation" de ces prestations. Enfin, les CHF 127'846.10 payés, le 13 février 2020, par la recourante aux mis en cause correspondaient au premier acompte de 30%, dû à la signature du contrat, ce qui n'est pas contesté. D'un point de vue contractuel, il n'apparaît donc pas que la rémunération des mis en cause et, identiquement, l'acompte versé, avaient une destination spécifique et déterminée. Il s'agissait plutôt d'honoraires, rétribuant l'activité déployée et les mis en cause n'étaient donc pas tenus d'utiliser le montant reçu dans le seul but de réserver l'hôtel.

- 10/13 - P/13206/2022 Les discussions préalables, survenues par courriels, permettent de confirmer ce constat. Chronologiquement, les mis en cause discutaient déjà, le 18 octobre 2019, des démarches en cours avec l'hôtel pour réserver les dates utiles alors que les modalités de paiement des prestations n'ont été communiquées que le 1er novembre suivant. Il n'apparaît donc pas que les négociations portaient, à ce stade, sur le versement d'un montant pour bloquer les disponibilités de l'établissement. Il en découle que lesdites modalités de paiement ont visiblement été fixées de manière abstraite. En effet, le pourcentage de 30% ne peut pas être lié à un quelconque prix fixé par l'hôtel pour la réservation mais bien à un choix unilatéral de la succursale, fondé sur une pratique commerciale interne. Par ailleurs, si la recourante affirme que les mis en cause auraient insisté pour obtenir rapidement l'acompte afin de réserver les lieux, cela ne ressort d'aucun courriel échangé. Au contraire, c'est la succursale qui a, à deux reprises, sollicité l'envoi de la facture d'acompte pour pouvoir procéder au versement, sans qu'il ne soit démontré, de surcroît, qu'elle aurait exigé, en retour, la confirmation écrite que l'hôtel était réservé. Les éléments qui précèdent permettent de conclure que l'acompte litigieux a été versé aux mis en cause non pas pour réserver l'hôtel mais pour leur activité contractuelle, excluant de la sorte que les valeurs patrimoniales soient considérées comme des choses confiées au sens de l'art. 138 CP. L'éventuelle inexécution de cette obligation relève ainsi du droit civil exclusivement. Les conditions pour la gestion fautive et la violation de l'obligation de tenir une comptabilité ne sont également pas réalisées. À teneur des documents de la faillite, la société des mis en cause avait des dettes au moment de débiter l'année 2020. Cela étant, le comptable a déclaré que le chiffre d'affaires pour 2019 s'élevait à plus de CHF 2 millions, montant supérieur à l'ensemble des créances produites dans la faillite. Il n'apparaît ainsi pas que la gestion jusqu'alors fût gravement défailante, malgré les impôts impayés, ou que la société fût surendettée avant 2020. Les mis en cause ont, de concert, expliqué que l'activité de la société – liée essentiellement à l'événementiel – avait considérablement baissé durant l'épidémie de Covid-19, ce que le comptable a confirmé avec le chiffre d'affaires de 2020, s'élevant à CHF 325'042.-. Durant cette année, E\_\_\_\_\_ a, certes, perçu des salaires. Ceux-ci étaient néanmoins inférieurs à ceux qu'elle se versait habituellement. La prime de CHF 15'000.- n'apparaît pas excessive malgré les circonstances, tout comme les

- 11/13 - P/13206/2022 autres dépenses effectuées par la société durant cette période. Enfin, les dettes accumulées jusqu'en 2019 n'apparaissent pas encore problématiques au regard du chiffre d'affaires de l'année en question. Aucun reproche de nature pénale ne peut ainsi être retenu contre les mis en cause dans la gestion de leur société. Les intéressés ont admis que

les bilans de leur société n'étaient plus bouclés depuis 2016. Cela étant, ils ont soutenu avoir régulièrement remis à leur comptable toute la documentation utile pour les années suivantes. Ce dernier a confirmé que les saisies avaient continué par la suite, mais qu'aucun exercice n'avait pu être terminé, précisant qu'il s'agissait d'un "gros dossier". Sur cette base, et même en tenant compte du litige qui les a opposés avec leur ancien comptable en lien avec les honoraires de celui-ci, il n'apparaît pas que les mis en cause auraient précisément et délibérément failli à leur engagement de tenir une comptabilité pour que la situation comptable de leur société ne puisse pas être établie. Ils ont, au contraire, veillé à fournir les pièces utiles pour assurer, autant que possible, une lisibilité de la comptabilité de leur société, et cherché à obtenir le bouclage des comptes par le comptable.

### **E. 3**

Fondée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

### **E. 4**

La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 2'000.- (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/13206/2022

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