

# **GE\_GERICHTE ACPR/630/2020 vom 22. Mai 2020**

GE Cour de justice, 2020-05-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_630\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_630_2020)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/630/2020 du 22 mai 2020

IT: GE\_GERICHTE ACPR/630/2020 del 22 maggio 2020

## **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) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, 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 reproche au Ministère public de ne pas avoir retenu une prévention suffisante d'infraction à l'art. 146 CP, subsidiairement à l'art. 138 CP, contre D\_\_\_\_\_.

#### **E. 2.1**

Conformément à 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. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "in dubio pro duriore" (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1456/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.1 et les références citées). Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) et 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 - 6/11 - P/17002/2019 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'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 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

#### **E. 2.2**

Commet une escroquerie au sens de l'art. 146 CP, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie consiste à

tromper la dupe par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais ou par un comportement qui la conforte dans son erreur. Pour qu'il y ait tromperie par affirmations fallacieuses, il faut que l'auteur ait affirmé un fait dont il connaissait la fausseté. L'affirmation peut résulter de n'importe quel acte concluant. Il n'est donc pas nécessaire que l'auteur ait fait une déclaration et il suffit qu'il ait adopté un comportement dont on déduit qu'il affirme un fait. La tromperie par dissimulation de faits vrais est réalisée lorsque l'auteur s'emploie, par ses propos ou par ses actes, à cacher la réalité. S'il se borne à se taire, à ne pas révéler un fait, une tromperie ne peut lui être reprochée que s'il se trouvait dans une position de garant, à savoir s'il avait, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'un rapport de confiance spécial, une obligation de parler. Quant au troisième comportement prévu par la loi, il se distingue des deux précédents en ce sens que l'erreur est préexistante (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_817/2018 du 23 octobre 2018 consid. 2.3.1 ; 6B\_446/2018 du 17 juillet 2018 consid. 2.1). Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit pas. Il faut encore qu'elle soit astucieuse. Il y a tromperie astucieuse, au sens de l'art. 146 CP, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 154 s. ; 135 IV 76 consid. 5.2 p. 79 ss.). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter

- 7/11 - P/17002/2019 d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances. Une co-responsabilité de la dupe n'exclut toutefois l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 15 ; 135 IV 76 consid. 5.2 p. 80 s. ; arrêt 6B\_1030/2018 du 20 novembre 2018 consid. 2.1). De jurisprudence constante, celui qui promet une prestation sans avoir l'intention de l'exécuter agit astucieusement, parce qu'en promettant il donne le change sur ses véritables intentions, ce que sa victime est dans l'impossibilité de vérifier. Toutefois, l'astuce doit être niée lorsque les vérifications qui étaient faisables sans trop de difficultés auraient révélé que l'auteur n'était pas capable d'exécuter son obligation (ATF 118 IV 359, JdT 1994 IV 172 consid. 2 ; TRECHSEL, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar, 2ème éd., no 9 ad art. 148 CP). Une tromperie sur la volonté affichée n'est cependant pas astucieuse dans tous les cas, mais seulement lorsque l'examen de la solvabilité n'est pas exigible ou est impossible et qu'il ne peut par conséquent être tiré aucune conclusion quant à la volonté de l'auteur de s'exécuter (ATF 125 IV 124 consid. 3a). Il est trop schématique d'affirmer que la volonté affichée est un phénomène intérieur invérifiable et qu'une tromperie relative à cette volonté est toujours astucieuse (ATF 118 IV 359 consid. 2 p. 361).

### **E. 2.3**

Selon l'art. 138 ch. 1 al. 1 CP, commet un 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. Sur le plan objectif, cette infraction suppose la réalisation de trois conditions, à savoir l'existence d'une chose mobilière, que cette chose

ait été confiée à l'auteur et que ce dernier se soit approprié la chose en violation du rapport de confiance (ATF 120 IV 276 consid. 2). 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 expresses ou tacites (ATF 120 IV 117 consid. 2b; 118 IV 32 consid. 2a). 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 qui montre qu'il incorpore la chose à son patrimoine et se considère comme propriétaire (ATF 121 IV 23 consid. 1c ; 118 IV 148 consid. 2a et les arrêts cités), et ce, dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_61/2015 du 14 mars 2016 consid. 4.1).

- 8/11 - P/17002/2019 L'acte d'appropriation signifie tout d'abord que l'auteur incorpore économiquement la chose ou la valeur de la chose à son propre patrimoine, pour la conserver, la consommer ou pour l'aliéner ; il dispose alors d'une chose comme propriétaire, sans pour autant en avoir la qualité. L'auteur doit avoir la volonté, d'une part, de priver durablement le propriétaire de sa chose, et, d'autre part, de se l'approprier, pour une certaine durée au moins. Il ne suffit pas que l'auteur ait la volonté d'appropriation, celle-ci devant se manifester par un comportement extérieurement constatable (ATF 129 IV 223 consid. 6.2.1 p. 227 ; 121 IV 25 consid. 1c p. 25 ; 118 IV 148 consid. 2a p. 151 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1268/2018 du 15 février 2019 consid. 2.2). Celui qui dispose à son profit ou au profit d'un tiers d'un bien qui lui a été confié et qu'il s'est engagé à tenir en tout temps à disposition de l'ayant droit s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer immédiatement en tout temps. Celui qui ne s'est engagé à tenir le bien confié à disposition de l'ayant droit qu'à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé s'enrichit illégitimement que s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (ATF 118 IV 27 consid. 3a p. 29 s.). 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).

2.4.1 En l'espèce, le Ministère public soutient que les faits dénoncés par la recourante relèvent davantage de l'inexécution contractuelle et s'inscrivent dans le cadre d'un litige à caractère civil prépondérant, n'étant constitutifs d'aucune infraction pénale. Ce raisonnement ne saurait être suivi. En effet, il n'est pas contesté que la recourante a confié son sac au mis en cause, en vue d'une vente assortie d'instructions précises. Il ressort d'ailleurs des déclarations du mis en cause qu'il l'a vendu à J\_\_\_\_\_ pour un prix bien inférieur à celui convenu. Si cette vente à prix réduit n'est en elle-même pas constitutive d'une infraction pénale, l'autorité intimée omet toutefois d'examiner l'utilisation du montant reçu par le mis en cause. Le précité a déclaré que l'argent issu de la vente n'avait pas pu être versé à la recourante, "à la suite de nombreuses erreurs dans la gestion des prix de vente", mais ces erreurs ne justifient a priori pas l'absence de restitution à son ayant droit de l'argent issu de cette vente, quel qu'ait été le prix payé par le nouvel acquéreur.

- 9/11 - P/17002/2019 Par ailleurs, la recourante a affirmé avoir déposé son sac chez le prévenu au mois de mars 2019. Selon les déclarations de J\_\_\_\_\_ et les pièces qu'il a produites, celui-ci a acquis le sac, par une compensation de créance partielle, le 13 avril 2019. La proximité temporelle entre le dépôt du sac auprès du mis en cause et sa vente par ce dernier à J\_\_\_\_\_ laisse penser qu'au moment du dépôt, le mis en cause était

vraisemblablement déjà débiteur du prénommé. Les multiples plaintes déposées dans le cadre de la procédure permettent en outre de fonder le soupçon que le mis en cause rencontrait d'ores et déjà des difficultés financières au moment de la conclusion du contrat de dépôt-vente, dès lors qu'aucun des plaignants ne semble avoir reçu ses biens en retour ni la contrepartie de leur éventuelle revente. Il ressort en revanche du dossier que des créanciers du mis en cause ont été désintéressés au moyen des biens confiés par les plaignants ou de l'argent issu de la vente des biens confiés, processus pouvant s'apparenter à une pyramide de Ponzi, soit à une escroquerie. L'intention du mis en cause d'honorer son engagement peut dès lors être mise en doute. De plus, l'on ne pouvait exiger de la plaignante, qui s'adressait à une boutique de dépôt-vente ayant pignon sur rue, de procéder à des recherches préalables sur la solvabilité de l'entreprise ou le sérieux de son exploitant, la faillite ayant au demeurant été prononcée plus d'un an après le dépôt, de sorte qu'il ne paraît pas que des signes d'insolvabilité aient été perceptibles en mars 2019 déjà. En définitive, les éléments actuellement au dossier ne permettent pas de retenir, sous l'angle du principe in dubio pro durore, une absence de prévention pénale d'abus de confiance et d'escroquerie. La cause sera dès lors retournée au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction, charge à lui de mener les actes d'enquête utiles. 2.4.2. Vu l'issue du litige et compte tenu de la poursuite de la procédure, une restitution du sac à C\_\_\_\_\_ apparaît à tout le moins prématurée, si tant est qu'elle puisse être confirmée.

### **E. 3**

Fondé, le recours doit être admis. Partant, l'ordonnance querellée sera annulée.

### **E. 4**

L'admission du recours ne donnera pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 4 CPP).

### **E. 5**

La recourante, qui obtient gain de cause, a sollicité une indemnité de CHF 2'907.90 pour ses frais de défense occasionnés par la procédure de recours (art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable à la procédure de recours par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP), correspondant à 6 heures d'activité, à un tarif horaire de CHF 450.-. En l'absence de complexité de la cause, pour un recours de 10 pages (page de garde et conclusions comprises) comportant un espacement large et 5 pages de discussion

- 10/11 - P/17002/2019 juridique, ainsi qu'une réplique pour laquelle quelques lignes auraient suffi, la quotité des heures consacrées par le conseil de la recourante sera réduite à 4 heures, de sorte qu'une indemnité de CHF 1'938.60, TVA à 7.7 % comprise, lui sera allouée. \* \* \* \* \*

- 11/11 - P/17002/2019

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