

GE_GERICHTE ACPR/699/2019 vom 15. April 2019

GE Cour de justice, 2019-04-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_699_2019

FR: GE_GERICHTE ACPR/699/2019 du 15 avril 2019

IT: GE_GERICHTE ACPR/699/2019 del 15 aprile 2019

Erwägungen

E. 1.1

Le recours a été interjeté selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) à l'encontre d'une ordonnance de non-entrée en matière, décision sujette à contestation auprès de la Chambre de céans (art. 310 al. 2 cum 322 al. 2 CPP; art. 393 al. 1 let. a CPP; art. 128 LOJ/GE).

E. 1.2

Il convient d'examiner la qualité pour recourir de la société au sujet des diverses infractions dénoncées dans sa plainte.

E. 1.2.1

Selon l'art. 382 al. 1 CPP, toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci. Tel est, en particulier, le cas du lésé qui s'est constitué demandeur au pénal (art. 104 al. 1 let. b cum 118 al. 1 CPP). La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP. Il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 141 IV 1 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1274/2018 du 22 janvier 2019 consid. 2.1). Pour être directement touché, le lésé doit en outre subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 6B_655/2019 du 12 juillet 2019 consid. 4.1).

- 9/18 - P/13413/2018

Les art. 138, 164 et ss ainsi que 325 CP sont autant d'infractions qui protègent le patrimoine (art. 138 CP), singulièrement celui des créanciers (art. 164 et ss CP [arrêt du Tribunal fédéral 6B_1238/2018 du 16 janvier 2019 consid. 1.2.2] et 325 CP [ACPR/115/2019 du 8 février 2019 consid. 1.2.3]). Quant à l'art. 251 CP, il protège, d'une part, la confiance particulière placée dans un titre ayant valeur probante dans les rapports juridiques – telle que la comptabilité commerciale et ses éléments (pièces justificatives, livres, extraits de compte, bilans ou comptes de résultat), lesquels doivent refléter la situation économique réelle de la société (arrêt du Tribunal fédéral 6B_210/2019 du 27 février 2019 consid. 3.1) – et, d'autre part, la loyauté dans les relations commerciales. Le faux dans les titres peut également porter atteinte à des intérêts individuels, en particulier lorsqu'il vise précisément à nuire à un particulier (arrêt du Tribunal fédéral 6B_655/2019 précité, consid. 4.3.3, et les références citées).

E. 1.2.2

En l'espèce, la recourante, créancière de G_____ SA, soutient que son patrimoine a été directement lésé par la commission, tant d'un abus de confiance (art. 138 CP) que de certains délits commis dans la faillite (art. 164, 165 et 167 CP). Le statut de partie plaignante, et conséquemment la qualité pour recourir, doivent donc lui être reconnus en relation avec ces infractions. Tel n'est, en revanche, pas le cas pour la violation alléguée de l'art. 251 CP – norme dont on relèvera, à l'intention du Ministère public, qu'elle est susceptible de s'appliquer, lorsque le poste d'un bilan sujet à estimation (telles que les provisions) est sous-évalué de manière caractérisée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_496/2012 du 18 avril 2013 consid. 9.7) –. En effet, la comptabilité litigieuse n'a, en soi, causé aucun dommage direct à la recourante – puisque les "manipulations comptables" dénoncées n'auraient en rien affecté sa créance si G_____ SA avait été saine financièrement –; elle n'a donc été lésée que dans la mesure où elle n'a pas pu récupérer le montant (intégral) de ses honoraires à la suite de la faillite, ce qui est le propre d'un dommage par ricochet. Le raisonnement qui précède s'applique mutatis mutandis aux infractions alléguées aux art. 166 et 325 CP, qu'il s'agisse de l'absence de documents comptables pour les exercices 2007 et 2008 ou de la tenue d'une comptabilité irrégulière dès 2009, ces prétendus manquements n'ayant occasionné aucun préjudice direct à la plaignante. Le recours est donc irrecevable en ce qui concerne ces trois dernières infractions.

E. 2

La plaignante soutient que le Procureur a rendu à tort, au vu des mesures d'investigation entreprises, une ordonnance de non-entrée en matière, la privant, ce faisant, de la possibilité de requérir des actes d'instruction (art. 147 et 318 CPP).

- 10/18 - P/13413/2018

E. 2.1

Diverses mesures d'investigation peuvent être mises en œuvre avant l'ouverture d'une instruction, telle que l'audition des lésés et suspects par la police sur délégation du ministère public (art. 206 al. 1 et 306 al. 2 let. b cum art. 309 al. 2 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 6B_875/2018 du 15 novembre 2018 consid. 2.2.1). Durant cette phase préalable, le droit de participer à l'administration des preuves ne s'applique en principe pas (art. 147 al. 1 CPP a contrario). Avant de rendre une ordonnance de non-entrée en matière, le procureur n'a donc pas à interpellé les parties, ni n'a l'obligation de leur fixer un délai pour présenter d'éventuelles réquisitions de preuve, l'art. 318 CPP n'étant pas applicable dans ce cas. Leur droit d'être entendues sera assuré, le cas échéant, dans le cadre de la procédure de recours, où elles pourront faire valoir, auprès d'une autorité qui dispose d'un plein pouvoir d'examen (art. 391 al. 1 et 393 al. 2 CPP), tous leurs griefs – formels et matériels – (arrêt du Tribunal fédéral 6B_854/2018 du 23 octobre 2018 consid. 3.1 et les références citées).

E. 2.2

En l'espèce, à réception de la dénonciation, le Procureur a transmis le dossier à la police pour investigations, laquelle a auditionné M_____ et B_____ en qualité, respectivement, de personne appelée à donner des renseignements et de prévenu. Dans ces circonstances, force est de considérer que la procédure n'a pas dépassé la phase des premières investigations, ce qui permettait au Ministère public de rendre une ordonnance de non-entrée en matière. Pour le surplus, la plaignante a pu, dans le cadre du recours, non seulement réagir aux déclarations des prénommés, mais également formuler toutes les offres de preuve qu'elle estimait utiles. Il s'ensuit que le grief doit être rejeté.

E. 3

La recourante prétend qu'il existe, à ce stade, une prévention suffisante d'infraction à l'art. 138 CP, à tout le moins contre B _____ (ci-après : le prévenu).

E. 3.1

Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière lorsqu'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis. Cette condition s'interprète à la lumière de la maxime "in dubio pro duriore", selon laquelle une non-entrée en matière ne peut généralement être prononcée que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. En cas de doute au sujet 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. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation

- 11/18 - P/13413/2018 apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1279/2018 du 26 mars 2019 consid. 2.1).

E. 3.2

L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP réprime le comportement de celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Cette norme protège l'intérêt de la personne qui a confié les fonds à ce que ceux-ci soient utilisés dans le but qu'elle a assigné et conformément aux instructions qu'elle a données. Est ainsi caractéristique de l'abus de confiance le comportement par lequel l'auteur démontre clairement sa volonté de ne pas respecter les droits de celui qui lui fait confiance (arrêt du Tribunal fédéral 6B_233/2013 du 3 juin 2013 consid. 4.2). Est lésé au sens de cette disposition le créancier d'une somme d'argent qui a été payée en mains de son représentant direct ou indirect (i.e. l'auteur), lorsque ce dernier, auxiliaire de l'encaissement, se l'approprie en lieu et place de la lui remettre [par exemple, l'employeur dont le vendeur conserve le prix d'achat d'un produit au lieu de le mettre dans la caisse]. En revanche, quand l'auteur reçoit l'argent pour lui-même de la part de l'un de ses débiteurs et qu'il est tenu de verser ensuite une somme équivalente à l'un de ses créanciers en raison d'un rapport juridique distinct, ledit créancier ne peut, dans l'hypothèse où l'auteur ne s'exécute pas, invoquer l'art. 138 CP – faute de valeurs confiées – (ATF 117 IV 256 consid. 1 in fine; arrêt du Tribunal fédéral 6B_233/2013 du 3 juin 2013 consid. 4.2).

E. 3.3

Lorsque les fonds sont confiés à une personne morale et que le devoir de les utiliser de la manière convenue incombe à cette dernière, l'art. 29 CP permet de punir l'organe qui en a disposés à d'autres fins (arrêt du Tribunal fédéral 6B_162/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.1). La disparition de la personne morale, une fois radiée, n'a pas d'impact sur la responsabilité de cet organe, qui perdure (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1024/2016 du 17 novembre 2017 consid. 2.2).

E. 3.4

En l'espèce, la recourante se méprend lorsqu'elle estime que les honoraires relatifs à ses prestations (3) et (4) encaissés par G_____ SA – société qui agissait essentiellement par l'intermédiaire du président de son conseil d'administration (art. 29 let. a CP), i.e. le prévenu – seraient des valeurs confiées au sens de l'art. 138 CP. En effet, il n'existait aucun rapport contractuel entre les propriétaires des villas – débiteurs desdites prestations – et la plaignante; G_____ SA n'a donc pas pu, faute de lien juridique entre les intéressés, représenter (directement ou indirectement) la seconde à l'égard des premiers.

- 12/18 - P/13413/2018 En réalité, deux contrats distincts ont été conclus, soit celui d'entreprise générale – qui obligeait les acquéreurs à s'acquitter des prestations querellées en mains de G_____ SA – et celui d'architecte global – qui stipulait que cette dernière société reverserait les sommes concernées à la recourante –. Si l'inexécution de cette dernière obligation est civilement répréhensible, elle ne tombe toutefois pas sous le coup de l'art. 138 CP, à défaut, pour la plaignante, d'avoir confié de quelconques valeurs à G_____ SA. L'un des éléments constitutifs objectifs de l'infraction fait ainsi défaut. Dans ces circonstances, la question de savoir si le prévenu a agi ou non dans un dessein d'enrichissement illégitime peut demeurer indécis. La décision entreprise étant exempte de critique dans son résultat, elle sera confirmée sur cet aspect, par substitution de motif (arrêt du Tribunal fédéral 1B_137/2012 du 25 juillet 2012 consid. 4.3).

E. 4

La recourante estime qu'il existe, en l'état, une prévention suffisante d'infractions aux art. 164, 165 et 167 CP, à tout le moins contre le prévenu.

E. 4.1

Les trois normes précitées sont uniquement applicables lorsque l'auteur des comportements qui y sont listés a été déclaré en faillite.

E. 4.1.1

L'art. 164 ch. 1 CP punit le débiteur qui aura, de manière à causer un dommage à ses créanciers, diminué son actif, notamment en cédant des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre des prestations de valeur manifestement inférieure (al. 2).

E. 4.1.2

L'art. 165 CP réprime le comportement du débiteur 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 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. La notion de surendettement signifie, sur le plan comptable, que les passifs excèdent les actifs (arrêt du Tribunal fédéral 6B_142/2016 du 14 décembre 2016 consid. 7.1). L'art. 165 CP ne vise que les fautes de gestion économiques grossières. L'exposition aux risques inhérents à toute activité commerciale n'est pas punissable, cela même si, postérieurement, la décision s'avère erronée (ATF 144 IV 52 consid. 7.3). L'administrateur est tenu d'accomplir sa mission avec diligence (art. 717 al. 1 CO). Il lui appartient notamment de contrôler de manière régulière la situation économique et financière de la société. L'art. 669 al. 1 aCO – applicable jusqu'au 31 décembre

- 13/18 - P/13413/2018 2012 –, puis l'art. 960e al. 2 CO – d'une portée identique (P. TERCIER/ M. AMSTUTZ/R. TRIGO TRINDADE (éds), Commentaire romand : Code des

obligations II, 2ème éd., Bâle 2017, n. 6 ad art. 960e) –, impose de constituer des provisions pour risques et charges, afin de couvrir les engagements incertains et les risques de pertes sur les affaires en cours. Le montant de la provision à indiquer au bilan doit être évalué selon le principe de la prudence (art. 662a al. 2 ch. 3 aCO; art. 958c al. 1 ch. 5 CO) et va dépendre de la probabilité que la prétention émise à l'encontre de la société se concrétise (ATF 132 III 564 consid. 5.1). S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision (art. 725 al. 2, 1ère phrase, CO). Lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes, les administrateurs (art. 725 al. 2, 2ème phrase, CO), voire l'organe de révision en cas d'omission de ces derniers (art. 728c al. 3 CO/art. 729c CO), doivent, en principe, aviser le juge. Quand la société a été dissoute, il appartient au liquidateur d'établir les comptes et bilans nécessaires (P. TERCIER/ M. AMSTUTZ/R. TRIGO TRINDADE (éds), op. cit., n. 27 in fine ad art. 739 ainsi que n. 15 et ss ad art. 743), respectivement d'aviser le juge en cas de surendettement (art. 743 al. 2 CO). Constitue, en particulier, une négligence coupable au sens de l'art. 165 CP l'omission de faire l'avis au juge susvisé (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1107/2017 du 1er juin 2018 consid. 2.1).

E. 4.1.3

L'art. 167 CP – qui reprend la teneur de l'art. 287 al. 1 LP – punit le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, voire aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé. D'autres actes (cf. art. 288 LP) peuvent être envisagés, s'ils équivalent, dans leur contenu délictueux, à ceux énumérés à l'art. 167 CP et tendent directement à accorder un avantage à certains créanciers au détriment des autres, respectivement s'ils manifestent en eux-mêmes, objectivement et sans équivoque, l'intention de l'auteur d'accorder un avantage (ATF 117 IV 23 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_915/2015 du 2 juin 2016 consid. 2.2.2).

E. 4.2

En l'espèce, les bilans de G_____ SA – société qui a été déclarée en faillite en septembre 2017 – ont été signés par B_____ en sa qualité d'administrateur, successivement, de la société – pour les exercices 2009 à 2013, période où E_____ SA révisait les comptes –, puis de la liquidatrice, soit I_____ SA/K_____ SA – entre 2014 et 2016 –.

- 14/18 - P/13413/2018 La nécessité de constituer une provision pour tenir compte du risque que représentait la créance de solde d'honoraires litigieuse semble acquise in casu, un tel poste ayant toujours figuré dans les passifs de G_____ SA. Contrairement à l'avis Ministère public, l'on ne saurait d'emblée exclure que la diminution progressive du montant inscrit à ce titre – lequel est passé de CHF 970'000.- en 2009 (somme qui couvrait l'intégralité de la créance constatée par la Chambre civile de la Cour de justice, y compris les intérêts moratoires dus à cette époque) à CHF 255'000.- environ en 2016 –, respectivement que le paiement de dividendes aux actionnaires (en 2010) ainsi que de diverses factures totalisant CHF 313'480.- environ (CHF 89'600.- en 2011 + CHF 223'879.85 entre 2013 et 2016), contreviendraient aux art. 164, 165 ou 167 CP. Divers indices militent, à ce stade, en faveur de cette appréciation. Tout d'abord, G_____ SA, soit pour elle le prévenu (art. 29 CP), ne pouvait guère ignorer que sa dette à l'égard de la recourante était sensiblement plus élevée que les CHF 270'000.- qu'elle reconnaissait lui

devoir (cf. lettre B.d.a). En effet, il résulte des jugements et arrêts civils que les honoraires d'architecte se composaient, pour l'essentiel, de prétentions – fixées d'entente entre les parties (art. 18 CO) – déterminées et déterminables; aussi, le solde dû semblait-il aisément chiffrable. Dans le même ordre d'idées, une compensation à concurrence de CHF 300'000.- environ ne pouvait que difficilement être envisagée, puisque les reports et retards invoqués à cet appui étaient imputables non à la recourante, mais à G_____ SA/aux acquéreurs. En conséquence, tant le principe de la diminution de la provision que la quotité annuelle de cette diminution pourraient constituer des fautes de gestion; ces fautes seraient susceptibles, au vu de l'écart entre la provision "litige architecte" et les actifs de la société (cf. les chiffres exposés à la lettre B.e.a, en particulier depuis 2011), d'avoir aggravé le surendettement de G_____ SA (en retardant l'avis au juge). Par ailleurs, si ce poste du passif n'avait pas été progressivement réduit, le règlement des dividendes et factures litigieuses n'aurait vraisemblablement pas pu intervenir, ou pas dans la même mesure. Ensuite, G_____ SA ne disposait, depuis 2013 tout au moins, plus d'actifs suffisants pour honorer certaines dépenses, raison pour laquelle elle dit s'être vue contrainte d'effectuer des prélèvements réguliers sur la provision litigieuse. L_____ a d'ailleurs souligné, dans un courriel adressé au prévenu en avril 2014, que la dissolution de ce poste s'imposait pour régler certaines factures relatives à l'exercice 2013, à défaut de quoi il y "aura[it] un problème de surendettement". Enfin, certaines des factures acquittées au moyen de ce procédé semblent, prima facie, insolites, telles que celles afférentes aux frais de pilotage (CHF 128'861.75) – datées de 2010 (année où un dividende de plus de CHF 200'000.- a été versé aux

- 15/18 - P/13413/2018 actionnaires), mais réglées en 2013 seulement – ou encore celles émises par I_____ SA, puis I_____ SA/K_____ SA, pour le suivi du litige architecte (CHF 40'800.- environ de 2013 à 2016) –. Le choix de déléguer une telle activité à ces deux entités contre rémunération, activité de surcroît partiellement exécutée par le prévenu, alors que G_____ SA éprouvait les difficultés financières sus-décrites, laisse sceptique. Dans ces circonstances, force est de considérer qu'il existe, en l'état, des soupçons suffisants de la commission d'une ou plusieurs infractions dans la faillite. Les conditions pour le prononcé d'une non-entrée en matière ne sont donc, ici, manifestement pas réunies. La décision querellée sera dès lors annulée et le Ministère public, invité à ouvrir une instruction contre le prévenu. Dans ce cadre, il déterminera, en ayant cas échéant recours à une expertise financière, si les comportements suivants réalisent les éléments constitutifs des infractions énumérées ci-après : la diminution (progressive) de la provision (art. 165 CP); les démarches qui ont permis, sur le plan comptable, de dégager un bénéfice en 2010, susceptible d'être versé aux actionnaires (art. 165 CP) – en revanche, la décision effectivement prise en ce sens par ces derniers ne peut tomber sous le coup de l'art. 164 CP, l'assemblée générale ne revêtant pas la qualité d'organe au sens de l'art. 29 CP (A. MACALUSO/ L. MOREILLON/N. QUELOZ [éds], Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, n. 16 ad art. 163/164) –; le paiement des factures insolites susvisées (art. 164, 165 et 167 CP). Il devra également examiner si un ou des reproches similaires peuvent être faits aux (autres) administrateurs (art. 29 CP) de G_____ SA, i.e. C_____ et D_____, de la société liquidatrice (dès 2014) et/ou de E_____ SA (jusqu'à fin 2013). Au vu de l'issue du litige, il sera loisible à la recourante de solliciter du Ministère public l'administration des diverses preuves qu'elle énumère dans son acte de recours.

La plaignante, dont le recours est partiellement irrecevable (art. 166, 251 et 325 CP), respectivement mal fondé (art. 138 CP), succombe partiellement (art. 428 al. 1 CPP).

En conséquence, elle supportera la moitié des frais de la procédure, qui seront fixés en totalité à CHF 2'000.- (art. 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03), somme qui sera prélevée à due concurrence (CHF 1'000.-) sur les sûretés versées, le solde devant lui être restitué.

E. 6

La recourante, partie plaignante représentée par un conseil, n'a pas chiffré ni justifié de prétentions en indemnité au sens de l'art. 433 al. 2 CPP, applicable en instance de recours (art. 436 al. 1 CPP), si bien qu'il n'y a pas à lui en allouer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1345/2016 du 30 novembre 2017 consid. 7).

- 16/18 - P/13413/2018

* * * * *

- 17/18 - P/13413/2018

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