

# **GE\_GERICHTE ACPR/712/2021 vom 14. Juni 2021**

GE Cour de justice, 2021-06-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_712\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_712_2021)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/712/2021 du 14 juin 2021

IT: GE\_GERICHTE ACPR/712/2021 del 14 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) – les formalités de notification

- 8/14 - P/7401/2021 (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 fait grief au Ministère public de ne pas être entré en matière sur l'infraction d'abus de confiance (art. 138 CP).

#### **E. 2.1**

L'art. 310 al. 1 let. b CPP prévoit que le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police qu'il existe un empêchement de procéder. Ainsi, le ministère public est tenu de rendre une ordonnance de non-entrée en matière lorsqu'une infraction réprimée sur plainte a été dénoncée tardivement (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1113/2014 du 28 octobre 2015 consid. 2.1).

#### **E. 2.2**

L'art. 138 ch. 1 al. 3 CP dispose que, lorsqu'elle est commise au préjudice des proches ou des familiers – tels que définis à l'art. 110 al. 1 et 2 CP –, l'infraction ne sera poursuivie que sur plainte. Lorsque l'auteur de l'infraction est un proche ou un familier de la personne lésée, une plainte est donc nécessaire, comme condition de la poursuite pénale. Cet examen de la qualité de proche, s'agissant notamment du conjoint, doit se faire en fonction de la situation qui prévaut au moment de la commission de l'infraction et non au moment de la poursuite (L. MOREILLON/ A. MACALUSO/ N. QUELOZ/ N. DONGOIS (éds), Commentaire romand : Code pénal I, art. 1-110 CP, 2ème éd., Bâle 2020, n. 3 ad art. 110). Le ménage commun doit exister au moment de la commission de l'infraction (arrêts 6B\_637/2012 du 21 janvier 2013 consid. 2.1; 6B\_263/2011 du 26 juillet 2012 consid. 5.2 et 5.3).

#### **E. 2.3**

En l'espèce, B\_\_\_\_\_, divorcé de la recourante depuis 2011, soit avant la survenance des faits litigieux, n'est pas un proche au sens où l'entend l'art. 110 al. 1 CP. Peu importe, par conséquent, qu'il soit – comme la recourante l'a invoqué dans son recours – ou ne soit pas un gérant de fortune, au sens de l'art. 138 ch. 2 CP. L'intéressé n'est pas non plus un

familier, au sens de l'art. 110 al. 2 CP, puisqu'il n'est pas contesté qu'il ne faisait pas ménage commun avec la recourante au moment de la commission de l'infraction. La poursuite pénale pour les faits que cette dernière lui reproche n'était donc pas soumise au délai de 3 mois pour porter plainte au sens de l'art. 31 CP.

- 9/14 - P/7401/2021

### **E. 3.1**

Selon l'art. 310 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 (let. a). Il peut faire de même en cas d'empêchement de procéder (let. b) ou en application de l'art. 8 CPP (let. c). Le principe in dubio pro duriore 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). Il 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 poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, 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 (arrêt 6B\_849/2018 du 9 novembre 2018 consid. 3.1 et les références). Des motifs de fait peuvent justifier la non-entrée en matière. Il s'agit des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public. Il faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le ministère public doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., Bâle 2019, n. 9 ad art. 310 ; R. PFISTER- LIECHTI (éd.), La procédure pénale fédérale, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 62). La non-entrée en matière peut également résulter de motifs juridiques. La question de savoir si les faits qui sont portés à sa connaissance constituent une infraction à la loi pénale doit être examinée d'office par le ministère public. Des motifs juridiques de non-entrée en matière existent lorsqu'il apparaît d'emblée que le comportement dénoncé n'est pas punissable (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 10 ad art. 310). Une non-entrée en matière s'impose lorsque le litige est de nature purement civile (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287).

- 10/14 - P/7401/2021

### **E. 3.2**

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 p. 278). 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 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 qui 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). 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 avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime, lequel peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34). La condition du dessein d'enrichissement illégitime est remplie dès lors que l'auteur fait usage à son profit ou au profit d'un tiers du bien confié sans avoir à tout instant la volonté et la possibilité de respecter les termes du rapport de confiance et l'affectation prévue par ce biais (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; ATF 118 UV 27 consid. 3a). A contrario, la condition n'est pas remplie si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale, l'auteur en paie la contre-valeur, s'il avait à tout moment ou, le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire ("Ersatzbereitschaft" ; ATF 118 IV 32 consid. 2a) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3a).

- 11/14 - P/7401/2021 La jurisprudence et la doctrine admettent, de manière générale, qu'il n'y a pas de dessein d'enrichissement illégitime chez celui qui s'approprie une chose pour se payer ou pour tenter de se payer lui-même, s'il a une créance d'un montant au moins égal à la valeur de chose qu'il s'est appropriée et s'il a vraiment agi en vue de se payer (ATF 81 IV 28 consid. 2, ATF 98 IV 21 /22). Ce qui exclut le dessein d'enrichissement illégitime dans une telle hypothèse, ce n'est pas la circonstance objective de l'existence d'une créance de l'auteur contre le lésé, mais sa volonté de se faire payer. Il importe dès lors peu de savoir si ou quand l'auteur a fait une éventuelle déclaration de compensation ou si une telle déclaration était objectivement admissible ou non. Ce qui est déterminant, c'est uniquement son intention au moment de l'appropriation. Et savoir quelle est cette intention est une question de preuve (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 22-23). Pour des raisons analogues, l'existence de la créance invoquée par l'auteur n'est pas non plus déterminante quant au dessein d'enrichissement illégitime; c'est la conscience de l'illégitimité de l'enrichissement qui compte. Si elle fait défaut, notamment lorsque l'auteur est convaincu de l'existence de sa créance, celui-ci devra se voir appliquer l'art. 19 CP sur l'erreur de fait. Ce sont donc la volonté et la représentation que se fait l'auteur de la situation qui sont déterminantes (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 23 et les références citées).

### **E. 3.3**

En l'espèce, la question de savoir si les fonds litigieux revêtent la qualité de valeurs patrimoniales "confiées" – la recourante n'ayant nullement établi avoir effectivement remis ou transféré lesdits fonds au mis en cause – peut demeurer ouverte, dès lors que le dessein d'enrichissement illégitime, prévu à l'art. 138 ch. 1 CP, fait manifestement défaut. En effet, le mis en cause a reconnu devoir à la recourante une somme de EUR 670'000.-, en vertu de l'accord du 21 décembre 2011, et a signé le 21 juillet 2020 – soit un peu plus d'un mois après que la prénommée lui eut réclamé pour la première fois la restitution des fonds – une reconnaissance de dette en ce sens. Le 29 juillet suivant, il s'est acquitté en mains de la recourante d'un montant de EUR 519'828.- en excipant de compensation (art. 120 CO) avec deux créances – de EUR 70'000.- et EUR 80'172.- – qu'il affirme détenir à son encontre, pour refuser de payer une partie de sa dette. Ces créances compensantes litigieuses ont d'ailleurs été invoquées dans le cadre de la procédure civile opposant les parties, actuellement pendante devant le TPI. Il apparaît ainsi que le mis en cause n'avait pas l'intention de s'approprier illicitement des fonds, mais seulement celle d'opposer la compensation à la recourante, qui plus est pour un montant moins élevé que la somme à laquelle il prétend avoir droit –

- 12/14 - P/7401/2021 l'intéressé ayant allégué, devant le TPI, détenir une créance d'un montant supérieur à la valeur qu'il s'est appropriée. Le fait que la recourante conteste la réalité des créances invoquées n'est pas déterminant. À la lumière des principes sus-rappelés, il suffit que son ex-époux se considère légitimé à exciper de compensation pour refuser d'honorer une partie de sa dette. La position de ce dernier était d'ailleurs confortée par son avocat, lequel lui a recommandé de reconnaître la dette existante en faveur de son ex-épouse, sous déduction de ses créances contre elle. De plus, conformément à la jurisprudence précitée, le dessein d'enrichissement illégitime fait également défaut si l'auteur a la volonté ou la possibilité de payer la contre-valeur de la valeur patrimoniale "confiée". Or, en l'occurrence, il n'apparaît pas que le mis en cause n'avait pas la volonté ni la faculté de s'acquitter du solde restant en faveur de la recourante, si la justice civile lui donnait tort. Pouvant ainsi se prévaloir à la fois d'un droit de compensation et de l'"Ersatzbereitschaft", le mis en cause ne saurait se voir imputer, en l'état, un dessein d'enrichissement illégitime au détriment de la recourante. L'élément constitutif subjectif faisant défaut, les conditions d'application de l'art. 138 CP n'étaient par conséquent pas réalisées. Finalement, à l'instar du Ministère public, il y a lieu de relever que les questions relatives au contrat conclu entre les parties et aux prétendues violations des obligations contractuelles du mis en cause relèvent exclusivement des juridictions civiles, d'ailleurs dûment saisies. La non-entrée en matière se justifiait dès lors pour ce motif également.

### **E. 4**

Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

### **E. 5**

La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 900.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

### **E. 6**

L'intimé, prévenu qui a gain de cause, a demandé des dépens, qu'il ne chiffre pas. Il sera indemnisé, ex aequo et bono, à hauteur de CHF 500.- TTC, vu ses observations de six pages

(art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP). L'indemnité sera mise à la charge de l'État, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 6B\_810/2014 du 18 août 2015 consid. 1.2 destiné à la publication). \* \* \* \* \*

- 13/14 - P/7401/2021

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