

GE_GERICHTE ACPR/839/2020 vom 16. Januar 2020

GE Cour de justice, 2020-01-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_839_2020

FR: GE_GERICHTE ACPR/839/2020 du 16 janvier 2020

IT: GE_GERICHTE ACPR/839/2020 del 16 gennaio 2020

Erwägungen

E. 1

Les recours ont été déposés selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et concernent une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP). Ils émanent par ailleurs, pour l'un, du plaignant qui, partie à la procédure (art. 393 al. 1 let. b CPP) a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de l'ordonnance de classement (art. 382 al. 1 CPP; ATF 140 IV 155 consid. 3.3.2 p. 158), pour l'autre, de son conseil juridique gratuit, qui a également qualité pour agir contre l'absence d'indemnisation de son activité (art. 135 al. 3 let. a et 138 al. 1 CPP). Partant, les recours sont tous deux recevables.

E. 2

Dans la mesure où ils concernent le même complexe de fait, il se justifie de les joindre et de statuer sur ceux-ci par un seul et même arrêt.

E. 3

A_____ estime que les conditions d'un classement ne sont pas réalisées.

E. 3.1

Le ministère public ordonne le classement de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi, respectivement lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (art. 319 al. 1 let. a et b CPP). Ces conditions doivent être interprétées à la lumière de la maxime "in dubio pro duriore", selon laquelle un classement ne peut généralement 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

- 18/25 - P/6733/2016 disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. Un soupçon, même impropre à fonder un verdict de culpabilité, suffit toutefois, s'il présente quelque solidité, à justifier la poursuite de l'enquête et à exclure un classement. De même, si les éléments de preuve réunis à ce stade de l'enquête ne permettent pas de retenir un fait qui correspond à un élément constitutif d'une infraction, l'instruction doit se poursuivre pour élucider plus complètement la situation (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_174/2019 du 21 février 2019 consid. 2.2 et les références citées; Y.

JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., Bâle 2019, n. 5 ad art. 319). 3.2.1. L'art. 163 CP punit le comportement du débiteur qui consiste à diminuer fictivement son actif, de manière à causer un dommage à ses créanciers, en distrayant ou en dissimulant des valeurs patrimoniales, en invoquant des dettes supposées, en reconnaissant des créances fictives ou en incitant un tiers à en produire. L'art. 164 CP réprime la diminution effective de l'actif au

préjudice des créanciers, soit le fait pour le débiteur d'endommager, détruire, déprécier ou mettre hors d'usage des valeurs patrimoniales, de céder des valeurs patrimoniales à titre gratuit ou contre une prestation de valeur manifestement inférieure, ou de refuser sans raison valable des droits qui lui reviennent ou en y renonçant gratuitement. À l'exception des cadeaux usuels, toutes les libéralités, quel qu'en soit le destinataire, tombent sous le coup de l'art. 164 ch. 1 CP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_438/2019 du 28 mai 2019 consid. 3.1). Sont également concernées les remises de dette (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), Code pénal - Petit commentaire, 2e éd., Bâle 2017, n. 12 ad art. 164). 3.2.2. L'art. 165 CP punit du chef de gestion fautive 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. 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

- 19/25 - P/6733/2016 circonstances dont il avait connaissance ou acceptait l'éventualité (ATF 144 IV 52 consid. 7.3; 115 IV 38 consid. 2; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 22 et 57 ad art. 165). Constitue, en particulier, une négligence coupable au sens de l'art. 165 CP l'omission d'aviser le juge lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes (art. 725 al. 2 CO; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1107/2017 du 1er juin 2018 consid. 2.1), cette omission pouvant entre autres résulter de l'absence de constitution de provision pour risques et charges, étant précisé que 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 dépend de la probabilité que la prétention émise à l'encontre de la société se concrétise (ATF 132 III 564 consid. 5.1; ACPR/699/2019 du 12 septembre 2019). Sont également concernés 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), op.cit., n. 10, 14 et 18 ad art. 165). L'application de l'art. 165 CP est subsidiaire à celle des art. 163 et 164 CP. 3.2.3. Ces infractions ont pour caractéristique commune qu'elles sont intentionnelles, le dol éventuel étant suffisant. S'agissant des art. 163 et 164 CP, l'intention doit porter non seulement sur l'acte lui-même, mais encore sur la mise en danger des intérêts des créanciers. En tant que l'infraction n'est punissable que si le débiteur a été déclaré en faillite – condition objective de punissabilité – l'intention de l'auteur ne doit pas nécessairement porter sur cet élément. Il n'est pas non plus exigé un rapport de causalité entre le comportement fautif et la survenance de la faillite (arrêt du Tribunal fédéral 6B_979/2017 du 29 mars 2018 consid. 4.1). En revanche, y compris dans le cadre de l'art. 165 CP, l'auteur doit avoir conscience du risque d'insolvabilité (A. MACALUSO / L.

MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op.cit., n. 44 ad art. 163/164 et n. 41 ad art. 165).

E. 3.3

L'art. 167 CP punit le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains 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, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, s'il est déclaré en faillite, du chef d'avantages accordés à certains créanciers. Il n'est pas nécessaire que l'agissement incriminé cause un dommage; il suffit qu'il augmente les chances, pour un créancier, d'être avantagé par rapport à un autre. Dans ce contexte, si la compensation de dettes est considérée comme un moyen de paiement usuel, tel n'est pas le cas d'un paiement par cession de créance

- 20/25 - P/6733/2016 (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op.cit., n. 9, 13 et 14 ad art. 167). L'auteur doit savoir qu'il est insolvable. Sur ce point, le dol éventuel n'est pas suffisant (B. CORBOZ, op.cit., n. 9 ad art. 167). Il y a insolvabilité lorsque les actifs ne couvrent plus les passifs exigibles à court terme, c'est-à-dire les créances qui ne sont pas encore exigibles mais qui le deviendront bientôt, selon toute probabilité. Est envisagée l'impossibilité de payer des dettes (notion de liquidité/trésorerie) et non la seule comparaison des actifs et passifs (surendettement ressortant du bilan). L'insolvabilité doit exister au moment où le débiteur accomplit l'acte de favoritisation réprimé (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op.cit., n. 5 ad art. 167).

E. 3.4

Si le débiteur est une personne morale, les personnes physiques mentionnées à l'art. 29 CP – organe ou membre d'un tel organe, associé, collaborateur disposant d'un pouvoir de décision indépendant, dirigeant effectif – sont punissables en qualité d'auteur.

Les infractions aux art. 163 et 164 CP peuvent également être commises par des tiers (créancier, membre de la famille, ami, partenaire commercial, etc.) (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 13 ad art. 163).

E. 3.5

En l'espèce, le recourant met essentiellement en cause trois comportements, soit l'abandon de la créance de EUR 661'500.- en faveur de C_____, la renonciation à faire appel à la garantie émise par K_____ BV et les avantages indus obtenus par certains employés.

E. 3.5.1

S'agissant du premier point, il n'est pas établi que le prêt à C_____ aurait été accordé par I_____ SA, les documents produits permettant plutôt de conclure que cette avance a été concédée par la société O_____ BV I_____ SA a, certes, accordé un prêt à la précitée à la même période, pour un montant similaire. Toutefois, cette avance et les transferts y relatifs ont été opérés entre septembre et novembre 2011, soit antérieurement à l'action en justice intentée par S_____ LTD, semble-t-il en décembre 2011, et à celle entreprise par le recourant en février 2012. À cette époque, selon le réviseur, si les comptes provisoires de I_____ SA clôturés au 31 décembre 2011 montraient des pertes opérationnelles, il n'existait pas d'indice qu'à ce moment-là, la ou les personnes ayant décidé de ce prêt devaient être conscientes d'un risque d'insolvabilité et/ou auraient sciemment accepté de mettre en danger les intérêts des créanciers de la société. Le prêt à O_____ BV ne remplit donc pas les conditions d'une infraction aux art. 163ss CP. De plus, il n'apparaît pas que

G_____ aurait eu un quelconque pouvoir d'engager O_____ BV, laquelle ne faisait a priori pas partie des sociétés affiliées au groupe K_____. L'abandon de créance qu'il a signé le 24 janvier 2013 en faveur de C_____ n'avait ainsi aucune valeur et n'était pas propre à exercer une influence sur

- 21/25 - P/6733/2016 les actifs de I_____ SA. O_____ BV a au demeurant certifié que le prêt était toujours inscrit dans ses livres. Cet acte ne réalise dès lors pas les conditions d'une infraction pénale. Le classement est par conséquent justifié en tant qu'il concerne ce point.

E. 3.5.2

S'agissant du second point, les conditions de l'appel à la garantie n'ont été réalisées qu'une fois connu le jugement de la Haute Cour de Londres du 1er juillet 2013. Indépendamment de la question de savoir si K_____ BV avait, à ce moment-là, la surface financière nécessaire pour respecter son engagement – ce que E_____ a contesté – I_____ SA, qui était déjà entrée en liquidation, n'avait à l'évidence pas les moyens d'engager à l'étranger une procédure longue et coûteuse pour recouvrer cette garantie. Son inaction ne saurait dès lors être constitutive d'une infraction pénale par l'un ou l'autre de ses organes.

E. 3.5.3

Le recourant a enfin dénoncé des avantages indus et des transferts inexplicables en faveur de tiers, auxquels le Ministère public a refusé de donner un caractère pénal en les qualifiant d'hypothèses, les comptes 2011 et 2012 de la société ayant été analysés et validés par Q_____ SA.

Le Ministère public a néanmoins admis que I_____ SA avait enregistré des pertes conséquentes et était en situation de surendettement dès 2011, seuls des abandons de créance ayant permis d'éviter une annonce au juge en application de l'art. 725 CO. G_____ a par ailleurs déclaré que lorsqu'il avait été approché pour devenir administrateur de la société, en juin 2012, la position lui avait été décrite comme se limitant à des tâches administratives, la société devant être liquidée. Malgré les dénégations de C_____ et E_____, cette intention est corroborée par le fait qu'un projet d'acte de liquidation "en raison de l'évolution de la société" a été dressé peu après. À cela s'ajoute le fait que la société semble avoir, après le départ de C_____, réduit considérablement ses activités, les contrats de travail de la plupart de ses employés ayant été résiliés avant cette date et G_____ n'ayant plus constaté la présence que de trois personnes, dont X_____, qui était chargée des opérations de liquidation. Or, à cette époque, I_____ SA faisait face à trois procédures, soit celle engagée par S_____ LTD, celle l'opposant au recourant et la procédure arbitrale ayant donné lieu à la production d'une créance de CHF 1'129'417.- par la société J_____ SA situation financière et ses perspectives économiques ne la mettaient à l'évidence pas en position de pouvoir faire face à l'éventuelle perte de ces procès. Rien n'indique non plus qu'elle pouvait encore considérer avec optimisme l'issue de ceux-ci et l'absence de bien-fondé des prétentions élevées contre elle, ce d'autant qu'elle paraît

- 22/25 - P/6733/2016 n'avoir plus été en mesure de rémunérer les avocats qui défendaient ses intérêts dans le cadre de ces procédures. Si l'on se réfère aux déclarations de E_____, la garantie émise par K_____ BV n'était pas de nature à réduire les risques financiers auxquels elle s'exposait, puisque cette société n'avait elle-même aucune activité. Dans ces conditions, l'on doit sérieusement se poser la question de savoir si, à tout le moins à dater de juin 2012, l'absence de constitution de provisions, lesquelles auraient vraisemblablement eu pour conséquence immédiate une situation de surendettement, ne devrait pas être

considérée comme susceptible de réaliser les éléments constitutifs de l'art. 165 CP. Compte tenu de cette situation, l'on ne peut exclure que les autres opérations mises en cause par le recourant ne tombent pas sous le coup de l'une ou l'autre des dispositions citées supra. Le seul fait que la comptabilité ait été bien tenue ne signifie pas encore que des comportements critiquables, voire pénalement relevant, n'aient pas été adoptés, ce que AH_____ a du reste rappelé, en expliquant que la tâche du réviseur n'était pas de s'immiscer dans la gestion de la société et que certains postes n'étaient vérifiés qu'en cas de dépassement des seuils de matérialité. À cet égard, la Chambre de céans constate, au vu des relevés des cartes de crédit mises à disposition de C_____ et E_____, que nombre des transactions listées paraissent difficilement justifiées par l'activité commerciale de I_____ SA (cf. séjours à AI_____ ou autres destinations de loisir, billets d'avion pour divers membres de la famille E_____, frais médicaux), sans compter d'autres – concernant notamment des dépenses d'hôtel et de restaurant –, qui paraissent particulièrement élevées et dont on pourrait soupçonner un caractère privé. Si l'achat d'une montre pour une somme de CHF 8'650.- paraît dépasser le présent d'usage, il est surtout injustifiable au vu de la cessation d'activité de la société au moment de l'acquisition, le 5 janvier 2013. Si de telles dépenses pourraient ne pas avoir de caractère pénal, s'agissant d'une entreprise saine, il n'en va pas de même pour une société dans la situation de I_____ SA, à tout le moins à dater de juin 2012. Dans le même ordre d'idée, si le fait de prendre en charge divers frais privés de E_____ pouvait résulter d'une décision tacite des organes de I_____ SA, sans susciter l'apparence de la commission d'infractions pénales, s'agissant d'une société solvable, il n'en va pas de même dans le cadre d'une société vouée à être liquidée et incapable de faire face aux prétentions dont elle faisait l'objet. Dans la mesure où l'intéressé a lui-même reconnu que cette prise en charge ne devait pas durer plus de deux ans, soit jusqu'en septembre 2012, le paiement de divers frais privé (écolage, frais médicaux, etc.) par I_____ SA postérieurement à cette période n'avait aucune justification. Compte tenu de l'activité commerciale apparemment limitée déployée par I_____ SA dès juillet 2012 et du nombre très réduit d'employés constaté par

- 23/25 - P/6733/2016 G_____, la réalité du contrat de travail de l'épouse de E_____ durant cette période doit être investiguée, du point de vue de l'art. 165 CP. Les circonstances entourant la renonciation signée par G_____ d'encaisser la somme de USD 518'305,28 due au profit de N_____ LTD, les prêts à hauteur de USD 92'000.- concédés en décembre 2012 à la filiale P_____ LLP, qui ne les a jamais remboursés, l'annulation, en décembre 2012 également, d'une créance de CHF 286'833,12 envers certains employés, dont CHF 167'430.- envers E_____, comprenant CHF 47'990,25, semblant correspondre au prix de vente de la voiture prétendument acquittée en mars 2011, le paiement du solde du leasing de la R_____ alors que C_____ en était codébiteur aux côtés de I_____ SA et les transferts de fonds en faveur de sociétés, entre autres K_____ BV, très peu de temps avant la dissolution de I_____ SA, voire postérieurement à mai 2013, méritent également d'être éclaircies, tout soupçon de la commission d'infractions pénales au sens des art. 163ss CP ne pouvant être écarté. Le classement sera, partant, annulé, s'agissant de ce troisième point, et la cause renvoyée au Ministère public pour qu'il poursuive son instruction et identifie les auteurs des éventuelles infractions qu'il pourrait retenir. Le recourant conteste la réalisation des conditions justifiant que les frais de la procédure soient mis à sa charge. 4.1. L'art. 420 let. a CPP accorde à la collectivité publique une action récursoire contre toute personne qui a provoqué l'ouverture de la procédure pénale de manière intentionnelle ou par négligence grave. Selon la jurisprudence, cette action tend au remboursement des frais de la procédure et, le cas échéant, des indemnités et de la réparation morale allouées au prévenu acquitté. La

collectivité ne doit user de l'action récursoire qu'avec retenue; elle est néanmoins autorisée à réclamer le remboursement des frais à celui qui a saisi l'autorité de poursuite pénale de manière infondée ou par malveillance (arrêts du Tribunal fédéral 6B_944/2015 du 25 mai 2016 consid. 5 ; 6B_620/2015 du 3 mars 2016 consid. 2.2 ; 6B_446/2015 du 10 juin 2015 consid. 2.1). 4.2. En l'occurrence, le sort réservé au classement scelle celui du recours sur ce point. L'on ne saurait au demeurant reprocher au recourant d'avoir tenté de protéger ses droits de créancier en mettant en cause des opérations pour lesquelles il existait une présomption pénale suffisante, ayant d'ailleurs conduit le Ministère public à ouvrir une instruction. La condamnation du recourant à supporter les frais de la procédure sera, partant, annulée et le Ministère public invité à statuer à nouveau sur la prise en charge de ceux-ci, en particulier s'agissant des honoraires d'avocat des mis en cause, dans la nouvelle décision qu'il sera amené à rendre.

- 24/25 - P/6733/2016

E. 4

Dans la mesure où le Ministère public n'a pas statué sur l'indemnité due au conseil juridique gratuit du recourant dans la décision querellée – rendue un jour avant l'échéance du délai qu'il avait imparti aux parties pour lui faire parvenir leurs éventuelles conclusions en indemnisation – mais a admis, dans ses observations, le montant de CHF 6'413,05 TTC réclamé, ce dernier peut être considéré comme acquis à Me B_____, s'agissant de la procédure préliminaire. Un montant supplémentaire de CHF 646,20 TTC [trois heures d'activité à CHF 200.- /heure majorées de la TVA à 7,7%, soit CHF 46,20, à l'exclusion du forfait de 20%, lequel ne se justifie pas en instance de recours (ACPR/170/2020 du 5 mars 2020)], lui sera alloué pour la procédure de recours. Compte tenu du renvoi de la cause au Ministère public et de la poursuite de l'instruction, il appartiendra au Ministère public ou au juge de les intégrer dans la décision finale à rendre au fond (art. 135 al. 2 et 138 al. 1 CPP).

E. 5

Compte tenu de l'admission des recours, les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'État (art. 428 al. 1 CPP).

E. 6

Les prétentions en indemnisation des intimés seront rejetées, les conditions de l'art. 429 CPP n'étant pas réalisées. * * * * *

- 25/25 - P/6733/2016

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