

GE_GERICHTE ACPR/855/2020 vom 5. August 2020

GE Cour de justice, 2020-08-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_855_2020

FR: GE_GERICHTE ACPR/855/2020 du 5 août 2020

IT: GE_GERICHTE ACPR/855/2020 del 5 agosto 2020

Erwägungen

E. 1

Le recours est recevable pour avoir été déposé selon les forme et délai prescrits (art. 384 let. b, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 310 al. 2, 322 al. 3 et 393 al. 1 let a CPP) et émaner des plaignantes qui, parties à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), ont qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP), sous l'angle des deux infractions qu'elles invoquent.

E. 2

Le Ministère public était lié par les considérants du Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a considéré que l'annulation de la non-entrée en matière, sous l'angle de l'art. 165 CP, justifiait aussi l'annulation de la non-entrée en matière sous l'angle de l'escroquerie (arrêt 6B_1279/2018, précité, consid. 2.3.). Or, dans l'acte de recours, les recourantes ne développent aucun grief particulier (art. 385 al. 1 let. b CPP) à l'appui d'une infraction à l'art. 146 CP. L'échafaudage de mensonges qu'elles allèguent in extremis dans l'acte de recours (page 20 ch. 134) ne saurait tenir lieu de démonstration. Du reste, tout leur argumentaire consiste à soutenir que les conditions d'application de la gestion fautive (art. 165 CP) seraient réalisées, sans réfuter en rien les considérations du Ministère public sur le fait que les recourantes avaient été représentées par F_____ qui était expérimenté dans le domaine bancaire et qui travaillait, un temps, dans les locaux mêmes de G_____ S.A.

- 6/11 - P/17698/2017 En outre, les contrats sont rédigés en anglais, langue usitée par F_____ (lequel serait apparemment citoyen américain), de sorte que les précautions qui y sont énoncées, notamment sur l'absence de garantie de rémunération et sur l'acceptation inconditionnelle d'une postposition des créances en cas de surendettement, ne pouvaient manquer d'attirer son attention sur les risques de défaillance de l'emprunteur, G_____ S.A. Les prévenus affirment de surcroît, sans avoir été contredits, que F_____ s'était vu remettre les bilans de la société avant de verser les fonds prêtés. Le préambule du projet de convention de résiliation des prêts ("loan termination agreement") fait en tout cas référence à la remise du bilan 2015, soit celui de l'exercice précédant immédiatement l'injection de l'argent. La prévention d'une tromperie astucieuse fait donc défaut. Sur ce point, le classement doit être approuvé. Comme la Chambre de céans a déjà eu l'occasion de le dire, autre est la question de savoir comment F_____ a, lui, présenté aux recourantes les perspectives de développement de la jeune pousse.

E. 3

Les recourantes maintiennent que les organes de la société faillie ont fait preuve de gestion fautive, en tout cas à hauteur d'un soupçon justifiant le complément d'instruction qu'elles réclament.

E. 3.1

Conformément à l'art. 319 al. 1 let. a CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi. Selon la jurisprudence, 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 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 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. 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. 3.2

Aux termes de l'art. 165 CP, le 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, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou

- 7/11 - P/17698/2017 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, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La disposition est conçue pour les cas d'optimisme déraisonnable et s'applique lorsque l'intention de nuire aux créanciers ne peut pas être prouvée (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 9 ad art. 165 CP). L'art. 29 let. a CP rend également punissable l'organe d'une personne morale qui cause ou aggrave le surendettement par sa propre négligence. La notion de surendettement, qui s'applique au débiteur soumis à la poursuite par la voie de la faillite, découle de l'art. 725 al. 2 CO et signifie que, sur le plan comptable, les dettes ne sont plus couvertes ni sur la base d'un bilan d'exploitation, ni sur la base d'un bilan de liquidation; autrement dit que les passifs excèdent les actifs (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1269/2017 du 16 janvier 2019 consid. 3.1 et les arrêts cités). L'existence d'une situation d'insolvabilité ou d'un surendettement est une condition objective de punissabilité de l'infraction de gestion fautive (op. cit.). La faute de gestion visée par l'art. 165 CP peut consister en une action ou en une omission. L'omission ne peut être reprochée que s'il existait un devoir juridique d'agir. C'est en fonction des dispositions spécifiques qui définissent les devoirs de l'auteur qu'il faut déterminer si celui-ci a usé des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle (ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 41; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1279/2018, précité, consid. 2.2.1). L'art. 165 CP ne vise que les fautes de gestion économiques grossières. Constitue en particulier une négligence coupable dans l'exercice de sa profession au sens de l'art. 165 CP 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, précité, consid. 2.2.1. et les références citées).

E. 3.3

L'art. 725 al. 2 CO prévoit qu'en cas de surendettement de la société, le conseil d'administration doit aviser le juge "à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif". La postposition de créance est un contrat par lequel un créancier s'engage, en cas de faillite de son débiteur, à renoncer à sa créance dans la mesure nécessaire à la couverture de toutes les autres créances; le contrat est conclu entre la société et le créancier et ne nécessite l'approbation ni des actionnaires, ni des autres créanciers. La postposition n'est toutefois pas un abandon de créance, de sorte qu'elle n'élimine pas le surendettement. Pour éviter que la société ne tombe en faillite, la postposition devra, en règle générale, être accompagnée de mesures de restructuration et d'assainissement. En l'absence de toute perspective de redressement, une postposition suffisante du point de vue comptable ne libère pas le conseil d'administration de l'obligation d'aviser le

- 8/11 - P/17698/2017 juge en cas de surendettement. Un report de l'avis au juge n'est admissible que pour un cours laps de temps, à savoir pendant quelques semaines, voire plusieurs mois. Sur le plan pénal, l'auteur est puni pour avoir dû reconnaître le risque de l'insolvabilité et pour l'avoir pris, ou pour l'avoir nié d'une manière irresponsable (cf. ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 40).

E. 3.4

Par ailleurs, doivent être considérées comme exagérées les dépenses professionnelles effectuées par les dirigeants d'une entreprise en difficulté pour conserver leur train de vie dans le cadre de l'entreprise, comme l'achat ou la location de voitures de service luxueuses ou l'établissement de somptueuses notes de frais pour des repas d'affaires absolument pas nécessaires à la bonne marche de l'entreprise (Y. WERMEILLE, La diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et la gestion fautive, RPS 117/1999 p. 387). Enfin, l'utilisation à la légère de crédits vise le cas du débiteur qui utilise les crédits qui lui ont été accordés en l'absence de tout motif valable, notamment d'ordre économique, et dans un but autre que celui qui avait été initialement décidé (op. cit., p. 389). La grave négligence ne saurait être confondue avec l'inexpérience, le droit pénal n'ayant pas à sanctionner l'incapacité lorsque celle-ci n'est pas fautive (op. cit., p. 390). La survenance d'un risque inhérent à l'activité économique considérée ne signifie pas a posteriori qu'une décision fautive aurait été prise par le débiteur ou par l'organe de la personne morale (ATF 144 IV 52 consid. 7.4 p. 54). L'analyse de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction laisse au juge une très grande liberté d'appréciation (Y. WERMEILLE, op. cit., p. 385).

E. 3.5

En l'espèce, le Tribunal fédéral montre l'importance de l'avis immédiat ou rapide au juge lorsque le surendettement est constaté – un report de 94 jours étant un délai illicite –, à moins de mesures d'assainissement concrètes, offrant des perspectives de succès sérieuses; la postposition de créances doit, en règle générale, être assortie de pareilles mesures, car elle n'équivaut pas à un abandon de créances et n'élimine donc pas le surendettement (consid. 2.2.1.). Et le Tribunal fédéral d'ajouter qu'en l'état du dossier, il était impossible d'écarter toute autre faute de gestion de la part des prévenus, telle que des dépenses exagérées ou l'utilisation à la légère de crédits. La procédure telle qu'elle se présente après l'instruction préliminaire n'apporte pas de réponse à ces questions. En fait d'acte d'instruction, l'analyse

comptable demandée par le Ministère public est composée de tableaux, très succinctement commentés. Elle fait remonter à 2014 déjà, et non à 2015, l'état de surendettement de G_____ S.A., qui souffrait par ailleurs d'une perte de capital dès l'exercice 2013 – soit depuis sa création –. Ainsi, la situation financière était préoccupante dès le lancement de la société.

- 9/11 - P/17698/2017 Or, les tableaux montrent que la perte de capital et l'endettement ont encore crû après l'arrivée des fonds prêtés par les recourantes (avril 2016). À cet égard, deux des prévenus font remonter le surendettement aux pressions exercées par F_____ durant le deuxième semestre 2016, et particulièrement au mois d'octobre 2016; et le troisième prévenu nie tout surendettement. On peut interpréter la volonté de F_____ comme celle de faire échapper les recourantes à leur engagement inconditionnel de postposition de leurs créances et de leur obtenir de la part de la société, avant la faillite qu'il devait pressentir, au moins le retour de la moitié des prêts. Dans ce sens, l'exigibilité soudaine, fût-elle unilatérale, d'un remboursement partiel du financement fourni à G_____ S.A. par les recourantes était suffisamment alarmante pour rendre inéluctable l'avis au juge. Mais la question est de savoir si, à raison d'autres circonstances que la volonté des recourantes de recouvrer avant terme tout ou partie de l'argent qu'elles avaient versé, les prévenus n'auraient pas dû aviser le juge plus tôt qu'ils ne l'ont fait. Les prévenus s'accordent à dire que, après réception des prêts, les résultats commerciaux de la société avaient été affectés par le départ d'un gros client et par l'incapacité de travail simultanée de E_____ et de l'acquisiteur de clientèle. Ce nonobstant, leurs explications tendent à montrer qu'ils avaient conscience de la gravité de la situation de G_____ S.A. déjà au moment d'entrer en négociation avec F_____, soit au début de l'année 2016. Cela ne les a pas empêchés, une fois l'argent reçu, d'engager un collaborateur pour rechercher la clientèle, i.e. d'augmenter les charges de l'entreprise. Les prévenus semblent partir de l'idée que des diminutions de salaires et "des" licenciements correspondaient aux mesures de restructuration nécessaires et auraient dû suffire à redresser la société; mais l'on ignore si ces mesures offraient de sérieuses perspectives de succès et quand elles ont été concrètement prises et appliquées. L'analyse comptable ne s'exprime pas à ce sujet. On y lit tout au plus les observations suivantes, quel qu'en soit l'auteur : "Des mesures de restructuration ont été décidées et seront effectives à compter de l'exercice 2016. Au-delà de l'exercice 2016, la continuité d'exploitation de G_____ S.A. sera assurée par les actionnaires. Afin d'assainir la situation financière, divers prêteurs ont effectués [sic] des avances au cours du 1er trimestre de 2016. Une postposition sera signée par l'ensemble des actionnaires. Un éventuel abandon de créance salariale de la part des employés actionnaires est actuellement à l'étude." La position de la fiduciaire de G_____ S.A. sur ces questions, et aussi sur l'affectation concrète des prêts, n'est ni vérifiée ni attestée; on ne peut même pas affirmer que les bilans communiqués par C_____ émanent d'elle et auraient été

- 10/11 - P/17698/2017 dûment révisés, avant d'être approuvés par l'assemblée générale. On ignore aussi la teneur du bilan soumis au juge de la faillite. De surcroît, le rapport de la brigade financière laisse en suspens des "questions" relatives à "des" débits indéterminés opérés sur le compte H_____. Dans ces circonstances, les points soulevés par le Tribunal fédéral n'ont trouvé qu'une réponse très partielle à l'issue de l'instruction préliminaire, à savoir la détermination des dates d'apparition de la perte de capital et du surendettement. On ne voit pas que l'enquête de police et l'analyse comptable permettent d'asseoir suffisamment – comme le retient le Ministère public – une "inexpérience" excusable des prévenus, ainsi

que des perspectives "réalistes et prometteuses" de succès à l'assainissement décrit (mais non clairement mis en œuvre) par ceux-ci. En d'autres termes, le soupçon (art. 319 al. 1 let. a CPP) de gestion fautive n'est pas infirmé, en l'état, même si l'Office des faillites n'a rien dénoncé de son côté.

E. 4

Le recours doit par conséquent être admis, et la cause renvoyée au Ministère public pour que l'instruction soit reprise et complétée et une nouvelle décision rendue, au sens de l'art. 299 al. 2 CPP.

E. 5

Les recourantes, qui ont gain de cause, n'assumeront pas de frais judiciaires (art. 423 et 428 al. 4 CPP). Elles ont conclu à des "dépens", qu'elles n'ont toutefois ni chiffré ni justifié, de sorte qu'il n'y a pas à entrer en matière (art. 433 al. 2 CPP). * * * * *

- 11/11 - P/17698/2017

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