

# **GE\_GERICHTE OCA/247/2010 vom 7. Oktober 2010**

GE Cour de justice, 2010-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_OCA\\_247\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_OCA_247_2010)

FR: GE\_GERICHTE OCA/247/2010 du 7 octobre 2010

IT: GE\_GERICHTE OCA/247/2010 del 7 ottobre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été interjeté dans les forme et délai prescrits par l'art. 192 CPP et émane de l'inculpé, lequel, partie à la procédure (art. 23 al. 1 CPP), a qualité pour recourir contre les décisions rendues par le Juge d'instruction (art. 190 al. 1 CPP).

### **E. 2**

En plaidant, le recourant a mis en doute la possibilité d'ordonner une confiscation dans le cadre d'infractions à la LPM. Dans la mesure où la partie générale du Code pénal est applicable, sauf dispositions contraires, aux infractions instituées dans le droit pénal accessoire (art. 333 al. 1 CP), cette opinion n'est pas fondée. Du reste, l'art. 68 LPM n'a pas de portée restrictive, mais a au contraire été introduit pour clarifier certaines situations, sans pertinence en l'espèce, en matière de confiscation d'objets (FF 1991 I 46/47). Qu'A\_\_\_\_\_ SA n'exerce pas d'activité commerciale, comme le soutient le recourant, ne change rien à ce qui précède, et l'art. 52 LPM, qu'il a invoqué et qui traite de l'intérêt juridique à agir, s'applique aux voies de droit civiles instituées par la LPM. Pour le surplus, et contrairement à ce qui semble ressortir de l'acte de recours, la question posée à la Chambre d'accusation, à ce stade, n'est pas de savoir si les intimées remplissent les conditions pour se voir allouer d'éventuelles créances compensatrices, au sens de l'art. 73 al. 1 let. c CP. En l'état, il faut, mais il suffit, que les mesures contestées portent sur des valeurs patrimoniales aptes à garantir une créance compensatrice, au sens de l'art. 71 al. 3 CP, parce que les valeurs patrimoniales directement issues de l'infraction reprochée au recourant ne sont plus disponibles aujourd'hui. Comme l'observe le Juge d'instruction, cette créance compensatrice est ordonnée au profit de l'État : ce n'est qu'ensuite que les lésés pourront, s'ils s'y estiment fondés et aux conditions de l'art. 73 CP, en demander l'allocation à leur profit.

### **E. 3**

Le recourant affirme que les saisies pénales du 19 mai 2010 ne sont pas propres à atteindre le but recherché et ne répondent pas à un intérêt public.

#### **E. 3.1**

L'art. 181 CPP permet au Juge d'instruction de saisir les objets et valeurs susceptibles d'être confisqués ou réalisés en exécution d'une créance compensatrice. Cette disposition constitue la base légale pour une mesure provisoire de confiscation, dont les effets sont maintenus, une fois le jugement en force, jusqu'à son remplacement par une mesure du droit des poursuites (cf. SCHMID, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, vol. I, Zurich 1998, § 2 ad art. 59 CP n. 172 et 174). Le séquestre ne peut toutefois être prononcé au cours de l'instruction, à titre de mesure provisionnelle, qu'en présence d'indices établissant que les biens pourront être confisqués ou faire l'objet d'une

créance compensatrice (arrêt 1P.473/1990 du 24 septembre 1990, consid. 4 reproduit au Rep 1992 p. 212 et les références citées). Il ne peut viser que la personne concernée, soit l'auteur de l'infraction et tout tiers favorisé d'une manière ou d'une autre par l'infraction (BJP 2001 n° 114; ATF 1P.93/1998 du 7 avril 1998, consid. 2d/aa; ATF 1B\_185/2007 du 30 novembre 2007 consid. 10.1 in fine). L'hypothèse de la remise, par l'auteur de

- 6/10 - P/16437/2004 l'infraction, de biens à un tiers contre lequel il conserverait une créance peut également être mentionnée (ATF 1B\_140/2007 du 27 novembre 2007 consid. 4.3. et les références citées). S'il est possible de saisir une créance dont dispose un inculpé, encore faut-il que celle-ci existe, afin qu'elle puisse être considérée comme un élément du patrimoine de la personne concernée (cf. ATF 126 I 97 consid. 3d/aa p. 107). Ainsi, le Tribunal fédéral a admis le séquestre pénal des revenus de parts de copropriété, non en mains de l'inculpé, mais de la régie de l'immeuble (ATF 1B\_157/2007 du 25 octobre 2007). Quant à l'usufruit, il est incessible comme tel, mais son exercice est transférable à un tiers, s'il ne s'agit pas d'un droit éminemment personnel, au sens de l'art. 758 al. 1 CC; l'usufruitier peut donc donner à bail un immeuble successoral et en percevoir le loyer (ATF 113 II 121 consid. 2b/aa p. 125 = SJ 1988 p. 262), ce qui paraît pouvoir permettre le séquestre de ce dernier au même titre que les revenus de parts de copropriété. Le droit d'usufruit lui-même n'est, en revanche, pas considéré comme saisissable (STEINAUER, Les droits réels, 3e éd. 2003, t. III, p. 41, n. 2043a).

### **E. 3.2**

En l'espèce, la « saisie » du droit d'usufruit a été prononcée, alors même que son effet ne pourrait être remplacé ultérieurement par une mesure du droit des poursuites et qu'il n'est pas établi que l'exercice du droit lui-même aurait été transféré à titre onéreux à un tiers. Le dossier ne contient en effet aucun élément probant à cet égard. A\_\_\_\_\_ SA n'a pas motivé sa demande sur ce point et ne s'en explique pas non plus dans ses observations. L'acte de constitution de l'usufruit incline d'ailleurs à penser que ce droit est éminemment personnel. La résidence actuelle du recourant en Australie ne change rien à cette conclusion. Sur ce premier point, le recours est fondé.

### **E. 3.3**

S'agissant des créances saisies, la Chambre de céans constate que le lieu de résidence du recourant en Australie ne les met pas en danger, dès lors que c'est bien au domicile du débiteur, soit de C\_\_\_\_\_, ou sur des biens de celle-ci, en Suisse, que l'exécution forcée porterait, le cas échéant. En d'autres termes, la Chambre d'accusation ne voit pas ce qui, aujourd'hui, compromettrait la prétention future de l'État à une créance compensatrice constituée par les créances du recourant contre C\_\_\_\_\_. Sur ce point aussi, le recours est fondé.

### **E. 3.4**

La créance compensatrice pourrait, certes, être saisie en mains de C\_\_\_\_\_ (cf. ATF 1B\_160/2007 du 1er novembre 2007 consid. 2.4). Or, la situation à laquelle aboutirait une telle décision, si elle venait à être prise, serait absurde en l'espèce. En effet, l'État étant alors chargé de recouvrer la créance compensatrice auprès de C\_\_\_\_\_, ce serait en définitive elle, si A\_\_\_\_\_ SA obtenait ultérieurement l'allocation au lésé, qui « indemniserait » cette dernière et ce, alors qu'elle en est vraisemblablement l'ayant droit économique. Comme cette allocation serait subordonnée à la cession préalable par A\_\_\_\_\_ SA à l'État d'une part correspondante de sa créance (art. 73 al. 2 CP), cette

intimée n'obtiendrait, en réalité, aucune compensation du recourant. En d'autres termes, la mesure contestée

- 7/10 - P/16437/2004 manquerait son but même dans l'expectative de l'allocation au lésé. L'allégation soudaine par les intimées, en plaidoirie, que les créances du recourant résulteraient d'une escroquerie au procès ne change rien à ce qui précède. Dès lors, la décision querellée, éclairée par la quasi-concomitance entre l'entrée en force des décisions judiciaires civiles en faveur du recourant et les demandes de saisies pénales d'A\_\_\_\_\_ SA au préjudice de celui-ci, paraît n'avoir qu'un seul effet matériel, comme l'expose le recourant, soit de fournir à C\_\_\_\_\_ d'éventuels moyens de défense dans le recouvrement des dettes dont les juridictions civiles l'ont définitivement reconnue débitrice. Or, si elle ne protège pas au moins l'intérêt futur de l'État, au sens de l'art. 71 al. 1 CP, une telle mesure n'a pas été prononcée.

#### **E. 4**

Le recourant fait valoir que, dans son action civile, A\_\_\_\_\_ SA se fondait abusivement sur la globalité du chiffre d'affaires supposément réalisé par lui et que le montant de près de CHF 3'000'000.- retenu par le Juge d'instruction était un chiffre d'affaires global, i.e. ne tenant pas compte de la vente de produits sur lesquels A\_\_\_\_\_ SA n'avait aucun droit, ni, avant elle, L\_\_\_\_\_ SA. Les intimées ont laissé entendre en plaidoiries qu'une prétention en CHF 656'000.-, inventoriée contre le recourant dans la faillite de L\_\_\_\_\_ SA s'ajouterait à leur dommage.

##### **E. 4.1**

La saisie pénale ne vise pas à la réparation d'un dommage mais à la suppression ou à la privation (« Abschöpfung ») de l'avantage illicite; la confiscation ne constitue donc pas une forme de réparation du dommage et ne doit pas être confondue avec l'action aquilienne prévue par l'art. 41 CO (ATF 119 IV 17 consid. 2b p. 21; 100 IV 106 consid. 1). Si le montant des valeurs à confisquer n'est pas précisément déterminable, c'est une estimation qui doit être ordonnée (art. 70 al. 5 CP). Le recours à l'estimation suppose une infraction qui, par nature, ne peut être appréhendée qu'approximativement, tel un trafic clandestin dans lequel la source de gains est anonyme, les gains indéterminables de façon précise, ou le chiffre d'affaires par trop variable en fonction du lieu et de la clientèle (FF 1993 III 306, n° 223.7). Une créance compensatrice égale au remboursement du chiffre d'affaires réalisé par la revente de médicaments non homologués peut, selon les circonstances, ne pas être conforme au principe de proportionnalité (ATF 124 I 6 consid. 4b/dd p. 11).

##### **E. 4.2**

Il résulte de ce qui précède que la perte éprouvée par A\_\_\_\_\_ SA n'est pas pertinente pour l'estimation du montant d'une créance compensatrice. Dans sa décision, le Juge d'instruction s'est fondé uniquement sur les mouvements de deux comptes, le compte X\_\_\_\_\_ SA de Z\_\_\_\_\_ et le compte Y\_\_\_\_\_ du recourant; il a retenu que le premier avait enregistré des entrées supérieures à CHF 2'500'000.- entre 2006 et 2008, et le second, de plus de CHF 277'000.- en 2009. Or, A\_\_\_\_\_ SA elle-même – pour l'ensemble de la période 2006-2008 – arrête le total des entrées sur le compte X\_\_\_\_\_ SA précité à CHF 2'536'002.33 (pièce n° 4 jointe au recours); elle ne paraît pas tenir les entrées sur le compte Y\_\_\_\_\_ pour connexes à une infraction pénale. Dans ces circonstances, fixer, comme l'a fait le Juge d'instruction, le montant nécessaire à garantir l'éventuelle créance compensatrice à CHF

- 8/10 - P/16437/2004 3'000'000.-, non compris l'éventuel transfert onéreux de l'exercice de l'usufruit, ne peut être approuvé. La Chambre d'accusation observe que ce montant coïncide exactement avec le total en capital alloué au recourant par les juridictions civiles, sans que le Juge d'instruction ne paraisse avoir cherché à établir globalement, par expertise ou par un analyste financier, l'étendue des gains illicites du recourant; le Juge d'instruction lui-même allègue dans ses observations que seuls 10 % des paiements effectués par BVR sur le compte X\_\_\_\_\_ SA précité auraient été exploités, alors que les intimées sont, elles, en mesure de chiffrer la totalité des entrées à CHF 2'536'002.33, comme on vient de le voir. La complexité de la tâche ne saurait être retenue à cet égard. En effet, si la nature même de la saisie pénale exclut, en principe, que le Juge d'instruction attende d'être renseigné de manière exacte et complète sur les faits avant d'agir (ATF 116 Ib 96 consid. 3a p. 99; 103 Ia 8 consid. III/1c p. 13; 101 Ia 325 consid. 2c p. 327), force est de relever, en l'espèce, que l'information est en cours depuis plus de cinq ans, que la première inculpation d'infractions à la LPM a été prononcée il y a plus de quatre ans, que l'identification de comptes en Suisse ne présentait en soi pas de difficulté et que l'ampleur et la nature des crédits sur le compte X\_\_\_\_\_ SA de Z\_\_\_\_\_ pouvaient être retracés dès le 10 août 2009, date à laquelle X\_\_\_\_\_ SA a remis au Juge d'instruction les derniers tableaux des versements en provenance de Y\_\_\_\_\_ (cf. classeur B.1.5).

#### **E. 4.3**

Peu importe de savoir si, à quelles conditions et avec quel effet, une prétention en CHF 656'000.- a été inventoriée contre le recourant dans la faillite du laboratoire : ce volet de la procédure pénale ne connaît plus de lésés, et A\_\_\_\_\_ SA ne saurait intégrer ledit montant dans son préjudice pénal, fût-ce par le détournement d'une violation alléguée de la LPM. Ladite prétention n'a donc pas à être prise en considération dans le calcul ou l'estimation de la créance compensatrice. Le Juge d'instruction ne l'a d'ailleurs pas fait.

#### **E. 4.4**

En revanche, dans ses observations, le Juge d'instruction paraît vouloir inclure, ou préserver, une « demande » de confiscation qui pourrait émaner de S\_\_\_\_\_, par quoi il faut, semble-t-il, comprendre que le montant à garantir s'en trouverait augmenté. La Chambre d'accusation a déjà eu l'occasion de dire (OCA/159/2009 consid. 4) que S\_\_\_\_\_ n'était pas partie à la présente procédure et que cet institut exerçait une compétence répressive propre et indépendante, notamment en matière de confiscation. Rien n'indique à ce jour qu'il en ait fait usage, bien au contraire, puisqu'après avoir rappelé le 25 juin 2008 ses prérogatives en matière d'infractions à la loi fédérale sur les produits thérapeutiques, S\_\_\_\_\_ a demandé au Juge d'instruction, par lettre du 21 octobre 2009, de lui signaler tout élément permettant de « démontrer » (sic) une infraction à ladite loi, sur laquelle il enquête depuis le 6 avril 2005. Au demeurant, un prononcé administratif, s'il advenait, suivrait ses propres règles de procédure et resterait sans portée sur l'application des art. 181 ss CPP et 70 ss CP, et donc sur l'issue de la présente cause. Enfin, la possibilité, plaidée en audience par les intimées, d'une délégation de la poursuite au canton, au sens de

- 9/10 - P/16437/2004 l'art. 20 al. 3 DPA, n'est aujourd'hui qu'une hypothèse, de sorte qu'il est vain d'examiner si une telle décision étendrait le champ de la confiscation à garantir.

#### **E. 5**

De ce qui précède, il résulte que les mesures querellées sont impropres à atteindre le but recherché. Le recours doit par conséquent être admis, et la décision du 19 mai 2010

annulée. Cette issue de la procédure ne donne pas lieu à l'octroi de dépens ni d'une indemnité valant participation aux frais d'avocat (art. 101A al. 1 CPP a contrario). \* \* \* \* \*

- 10/10 - P/16437/2004 PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE D'ACCUSATION : À la forme : Déclare recevable le recours interjeté par H\_\_\_\_\_ contre la décision de saisies rendue le 19 mai 2010 par le Juge d'instruction dans la procédure P/16437/2004. Au fond : L'admet et annule la décision attaquée. Siégeant : Monsieur Christian COQUOZ, président; Monsieur François CHAIX, Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, juges; Monsieur Jacques GUERTLER, greffier.

Indication des voies de recours : Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

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