

# **GE\_GERICHTE P/17904/2002 vom 15. Oktober 2009**

GE Cour de justice, 2009-10-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_17904\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_17904_2002)

FR: GE\_GERICHTE P/17904/2002 du 15 octobre 2009

IT: GE\_GERICHTE P/17904/2002 del 15 ottobre 2009

## **Regeste**

; ABUS DE CONFIANCE ; CONFISCATION(DROIT PÉNAL) ; ALLOCATION AU LÉSÉ | CP.73; CP.138.1

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 241 et 242 du code de procédure pénale du 29 septembre 1977; CPP - E 4 20).

### **E. 2**

L'appelant conclut à son acquittement. 2.1.1 Le principe in dubio pro reo, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH et, sur le plan interne, par l'art. 32 al. 1 Cst., concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence, mais aussi lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités). Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe in dubio pro reo interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss, 124 IV 86 consid. 2a p. 87 s). 2.1.2 A teneur de 138 ch. 1 al. 2 du code pénal du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), se rend coupable d'abus de confiance celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Sur le plan objectif, cette infraction suppose que l'on soit en présence d'une valeur confiée, ce qui signifie que l'auteur en ait la possession en vertu d'un accord ou d'un autre rapport juridique qui implique qu'il n'en a pas la libre disposition et ne peut se l'approprier. Il y a emploi illicite d'une valeur patrimoniale confiée lorsque l'auteur l'utilise contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée. L'alinéa 2 de l'art. 138 ch. 1 CP ne protège pas la propriété, mais le droit de celui qui a confié la valeur patrimoniale à ce que celle-ci soit utilisée dans le but qu'il a assigné et conformément aux instructions qu'il 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 (ATF 129

IV 257 consid. 2.2.1, p. 259 ; 121 IV 23 consid. 1c p. 25; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_17/2009 du 16 mars 2009 consid 2.1.1.). Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime. Cette dernière condition est réalisée lorsque celui qui devait tenir en tout temps le bien confié à disposition de l'ayant droit l'a utilisé à son profit ou au profit d'un tiers sans avoir à tout moment la volonté et la possibilité de le restituer immédiatement (ATF 118 IV 27 consid. 3a p. 29 s.; ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34). S'il devait le tenir à disposition de l'ayant droit à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé, il doit avoir eu la volonté et la possibilité de le restituer à ce moment ou à cette échéance (ATF 118 IV 27 consid. 3a p. 30; ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34). Le dessein d'enrichissement illégitime fait en revanche défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale confiée, l'auteur en paie la contre-valeur (ATF 107 IV 166 consid. 2a p. 167), 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 (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3 p. 34 ss). Cette dernière hypothèse implique que l'auteur ait une créance d'un montant au moins égal à la valeur de la chose qu'il s'est approprié ou à la valeur patrimoniale qu'il a utilisée et qu'il ait vraiment agi en vue de se payer. L'absence ou le retard d'une déclaration de compensation, bien qu'il puisse constituer un indice important de l'absence d'une véritable volonté de compenser, n'est en revanche pas déterminant (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 35). Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34). Tel est le cas, lorsque l'auteur envisage l'enrichissement comme possible et agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait (ATF 105 IV 29 consid. 3a p. 36; cf. également ATF 123 IV 155 consid. 1a p. 156; ATF 121 IV 249 consid. 3a p. 253 et les arrêts cités).

2.2.1 Il est établi que la partie civile a procédé, par l'intermédiaire de F\_\_\_\_\_ SA, à cinq dépôts d'argent, pour un montant total de FRF 949'500.-, hors frais et bonifications, sur les comptes bancaires successifs de S\_\_\_\_\_ Corp. NV, dont l'appelant était l'ayant droit économique, d'abord auprès de la Banque B\_\_\_\_\_, puis auprès de la Banque L\_\_\_\_\_. Il apparaît également que F\_\_\_\_\_ SA a pris soin de distinguer les avoirs de la partie civile de ceux de l'appelant, en procédant à l'ouverture systématique, auprès des établissements bancaires concernés, d'un sous-compte destiné à les recevoir, intitulé successivement "CAR" à la Banque B\_\_\_\_\_ (compte no \_\_\_\_\_74A), "RUBR 1" à la Banque L\_\_\_\_\_ (compte no \_\_\_\_\_8), et "SEPTO CAR" auprès de la Banque G\_\_\_\_\_ à Vaduz (compte no \_\_\_\_\_AC). Depuis 1990, les avoirs de la partie civile sont ainsi demeurés individualisables et susceptibles d'être distingués de ceux de l'appelant. Cette situation a perduré jusqu'à leur transfert, le 6 novembre 1998, alors qu'ils totalisaient FRF 1'250'584.09, de la Banque G\_\_\_\_\_ (compte no \_\_\_\_\_AC "SEPTO CAR") sur le compte de passage de I\_\_\_\_\_ LTD auprès de la Banque C\_\_\_\_\_ (no \_\_\_\_\_66, référence Cléopâtre), puis à leur transfert subséquent sur celui de T\_\_\_\_\_ SA à la Banque S\_\_\_\_\_ LTD (Nassau), où ils ont manifestement été mélangés aux FRF 3'612'000.- du compte principal de S\_\_\_\_\_ Corp. NV (no \_\_\_\_\_AB), également transférés à Nassau. Bien que l'appelant le conteste, il ressort du dossier, soit en particulier des déclarations constantes de A\_\_\_\_\_, qu'il a été régulièrement informé des dépôts d'argent effectués par la partie civile, qu'il a du reste accompagnée à cet effet dans les locaux de la fiduciaire à deux reprises, en août 1990 et en novembre 1993. De la même manière, de nombreuses pièces établissent qu'il connaissait l'existence des sous-comptes successifs de S\_\_\_\_\_ Corp. NV et leur destination, même postérieurement à la clôture du compte de la société auprès de la Banque B\_\_\_\_\_, ce que confirment le fax de F\_\_\_\_\_

SA du 2 décembre 1992, ainsi que les instructions de transfert qu'il lui a adressées le 18 août 1998, qui visaient spécifiquement et sans équivoque les avoirs de la partie civile. A cet égard, et comme l'a retenu à juste titre le Tribunal de police, ce fax ne saurait être assimilé à une instruction d'intégrer dans le patrimoine de l'appelant, les avoirs de la partie civile. L'appelant ne pouvait ainsi ignorer qu'en transférant, sans y avoir été autorisé, les avoirs de la partie civile, sur le compte de T\_\_\_\_\_ SA à Nassau, société offshore dont il est l'ayant droit économique, il s'appropriait indûment les montants qui lui avaient été confiés, étant précisé qu'il n'y a pas lieu de distinguer l'appelant de S\_\_\_\_\_ Corp. NV, dès lors qu'il en est l'unique ayant droit économique. L'appelant, qui a finalement admis avoir disposé, dans leur totalité, des fonds de la partie civile, qu'il a investis dans une chaîne de restaurants, a fourni des explications guère convaincantes pour justifier, a posteriori, cette appropriation. En effet, outre le fait qu'elles sont contraires aux déclarations, constantes sur ce point, de la partie civile, les pièces produites à cet effet, soit la "convention valant transaction" du 9 juillet 1998 et le document établi au nom de Y\_\_\_\_\_, se sont révélées, après expertise, avoir été forgées de toute pièce, de sorte qu'elles sont dénuées de valeur probante. Dans la même mesure, il y a lieu d'appréhender avec réserve les déclarations des témoins D\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_, en tant qu'elles se réfèrent spécifiquement à ces documents, de même que celles de K\_\_\_\_\_, qui n'a jamais vu ni rencontré la partie civile. La Cour a ainsi acquis la conviction que l'appelant s'est effectivement approprié sans droit les avoirs de la partie civile. Aucun doute ne subsistant quant à la culpabilité de l'appelant, le jugement du Tribunal de police, qui le reconnaît coupable d'abus de confiance (art. 138 ch. 1 al. 2 CP), sera dès lors confirmé.

### **E. 3**

Il en ira de même de la peine pécuniaire de 360 jours-amende infligée à l'appelant en vertu du nouveau droit, qui lui est plus favorable (art. 2 al. 2 CP), seule une peine privative de liberté sous forme de réclusion ou d'emprisonnement étant envisageable sous l'angle de l'ancien droit (art. 138 ch. 1 al. 3 CP). Cette peine est pour le surplus adéquate en regard de la gravité de la faute de l'appelant, qui n'a pas hésité à s'en prendre aux économies d'une connaissance de longue date, qu'il avait lui-même conseillée, de ses mobiles égoïstes liés à l'appât d'un gain facile, de sa mauvaise collaboration à l'instruction, où il a tenté d'induire la justice en erreur par la production de documents qu'il savait faux, bien qu'il n'ait pas été renvoyé en jugement ni condamné pour ces faits, sans doute faute d'inculpation correspondante, de même que de son absence totale de repentir. Le montant du jour-amende, arrêté à CHF 50.-, sera également confirmé, étant conforme aux revenus et à la fortune de l'appelant, qui a investi dans une chaîne de restaurants générant manifestement des bénéfices (art. 34 al. 2 CP). Il convient d'ajouter que si l'appelant n'a aucun antécédent judiciaire en Suisse, il apparaît, à teneur des pièces produites par la partie civile, qu'il a été condamné par la Cour d'appel de Chambéry, par arrêt no 06/87 du 1<sup>er</sup> février 2006, à huit mois d'emprisonnement assortis du sursis simple pour usage de faux. Cet élément, non mentionné par les premiers juges, n'est toutefois pas de nature à modifier la quotité ou le genre de peine prononcée, ni le principe de l'octroi du sursis (art. 42 al. 1 CP), voire la durée du délai d'épreuve, fixée à trois ans (art. 44 al. 1 CP), eu égard au principe de l'interdiction de la reformatio in pejus, auquel la Cour est tenue.

### **E. 4**

4.1 A teneur de l'art. 71 CP, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat

d'un montant équivalent. Elle ne pourra être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 70 al. 2, ne sont pas réalisées. L'art. 73 al. 1 let. c CP prévoit que si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction, les créances compensatrices. Le juge ne peut ordonner cette mesure que si le lésé cède à l'Etat une part correspondante de sa créance (art. 73 al. 2 CP). Comme condition impérative, la cession doit avoir lieu au plus tard jusqu'à ce que le Tribunal statue sur la question de l'octroi de l'allocation au sens de l'art. 73 CP (N. SCHMID, Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2007, n. 63 ad art. 73 CP). Cela signifie que le lésé doit formuler sa déclaration de cession inconditionnelle avant le prononcé de la décision. L'octroi d'une allocation, sous la condition qu'une telle cession va encore intervenir, n'est pas autorisée, dès lors qu'il n'existe ensuite aucun moyen pour contraindre le lésé à une telle cession et que celle-ci n'intervient pas non plus simplement de par la loi (SJ 2010 I 513 consid. 2.1 p. 515).

#### **E. 4.2**

C'est à juste titre que le Tribunal de police a considéré que le produit de l'abus de confiance réalisé par l'appelant s'élevait à EUR 190'661.25 (contrevalueur de FRF 1'250'000.- au taux de conversion de EUR 1.- pour FRF 6.55957 retenu dans la feuille d'envoi). S'il lui était loisible de prononcer une créance compensatrice en faveur de l'Etat à concurrence dudit montant, conformément à l'art. 71 CP, le Tribunal de police aurait en revanche dû s'assurer, avant de l'allouer à la partie civile, que celle-ci avait effectivement cédé à l'Etat une part correspondante de sa créance. Or, il apparaît que la partie civile n'a jamais formulé de déclaration de cession inconditionnelle avant le prononcé de la décision, si bien qu'elle ne pouvait pas prétendre à se voir allouer cette créance compensatrice. Il y a dès lors lieu de modifier le jugement du Tribunal de police sur ce point.

#### **E. 5**

L'appelant, qui succombe, sera condamné à la moitié des dépens d'appel de la partie civile qui comprendront, dans leur totalité, une indemnité de CHF 800.- pour ses frais d'avocat, ainsi qu'aux frais de la procédure d'appel, comprenant un émolument de CHF 600.- (art. 97 al. 1 CPP). \* \* \* \* \*

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