

# GE\_GERICHTE P/5551/2021 vom 7. April 2021

GE Cour de justice, 2021-04-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_5551\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_5551_2021)

FR: GE\_GERICHTE P/5551/2021 du 7 avril 2021

IT: GE\_GERICHTE P/5551/2021 del 7 aprile 2021

## Regeste

ESCROQUERIE; ABUS DE CONFIANCE; GESTION DÉLOYALE; CONTRAT DE BAIL A LOYER ; CHOSE CONFIEE | CPP.310; CP.158; CP.146; CP.138

## 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 (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 pièce nouvelle produite par la plaignante devant la Chambre de céans est également recevable (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.2 in fine ).

### E. 3

Dès lors que la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1), les éventuelles constatations incomplètes ou inexacts du Ministère public auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-devant. Partant, le grief y relatif sera rejeté.

### E. 4

La recourante reproche au Ministère public d'avoir rendu une ordonnance de non-entrée en matière alors qu'il existait des soupçons suffisants d'abus de confiance et de gestion déloyale.

#### E. 4.1

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 Ministère public doit être certain que les faits ne sont pas punissables (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 et les références citées). Le principe " in dubio pro durior " découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 19 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91). 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 certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infraction grave (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 ; 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_112/2012 du 6 décembre 2012). En d'autres termes, il doit être certain que l'état de fait ne remplit les conditions d'aucune infraction pénale, ce qui est, par exemple, le cas des contestations de nature purement civile (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287).

#### **E. 4.2**

Selon l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, commet un abus de confiance celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Sur le plan objectif, l'infraction suppose qu'une valeur ait été confiée, autrement dit que l'auteur ait acquis la possibilité d'en disposer, mais que, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou un autre rapport juridique, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé, en d'autres termes, qu'il l'ait reçue à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de la conserver, de la gérer ou de la remettre (ATF 133 IV 21 consid. 6.2). Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale 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 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 au sens de cette disposition 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; 121 IV 23 consid. Ic). Bien que cet élément ne soit pas explicitement énoncé par l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, la disposition exige que le comportement adopté par l'auteur cause un dommage, qui représente en l'occurrence un élément constitutif objectif non écrit (ATF 111 IV 19 consid. 5). Du point de vue subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime. Le dessein d'enrichissement peut être réalisé par dol éventuel, 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). Les contrats synallagmatiques ne font naître en principe que des prétentions à une contre-prestation, et non une obligation de conservation. Il n'y a ainsi pas de valeur confiée lorsqu'une partie à un contrat reçoit de l'argent pour son propre compte, en contrepartie d'une prestation qu'elle doit elle-même fournir (ATF 133 IV 21 consid. 7.2, arrêt du Tribunal fédéral 6B\_312/2009 du 17 juillet 2009). Ainsi, les acomptes versés en vue de l'exécution d'un contrat de construction ne sont pas des sommes confiées, même si le maître de l'ouvrage était parti de l'idée que l'entrepreneur utiliserait cet argent pour acheter le matériel nécessaire (A. DONATSCH, *Strafrecht III : Delikte gegen den Einzelnen*, 10e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, n° 2.312, p. 144). Dans le cadre d'un contrat d'entreprise (art. 363 ss CO), les acomptes versés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur constituent des valeurs patrimoniales confiées, pour autant que les parties aient convenu de l'affectation des acomptes, par exemple au règlement des factures relatives à la construction faisant l'objet du contrat. Il en va en particulier ainsi à défaut d'une convention contraire, des versements du maître de l'ouvrage à l'entrepreneur général, dans la mesure où ces montants doivent servir à l'achat du matériel et au paiement des sous-traitants. Peu importe

à cet égard la nature du compte sur lequel les montants ont été versés (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1429/2019 du 5 février 2020 consid. 2.3 ; 6B 972/2018 du 20 novembre 2018 consid. 2.2.1 ; 6B 160/2012 du 5 avril 2013 consid. 22).

### **E. 4.3**

L'art. 158 CP punit le gérant d'affaires qui – en agissant avec (ch. 1 al. 2) ou sans (ch. 1 al. 1) dessein d'enrichissement illégitime – viole les devoirs auxquels il est tenu et, ce faisant, porte atteinte aux intérêts pécuniaires du tiers pour le compte duquel il intervient. Revêt la qualité de gérant celui à qui incombe, de fait ou formellement, la responsabilité d'administrer un complexe patrimonial non négligeable dans l'intérêt d'autrui (ATF 129 IV 124 consid. 3.1). La qualité de gérant suppose un degré d'indépendance suffisant et un pouvoir de disposition autonome sur les biens administrés. 4.4.1. En l'espèce, le Ministère public soutient que les faits dénoncés par la recourante relèvent uniquement de l'exécution d'obligations contractuelles et s'inscrivent dans le cadre d'un litige à caractère civil, n'étant constitutifs d'aucune infraction pénale. Ce raisonnement ne saurait, en l'état, être suivi. En effet, le contrat de bail à loyer, conclu entre les parties le 22 octobre 2018, prévoyait expressément à son article 3 une participation à livre ouvert de la recourante aux frais de travaux d'aménagement des locaux litigieux, à hauteur de maximum CHF 400'000.-. Cette clause peut être comprise comme valant contrat d'entreprise attribué à la locataire. Il résulte en outre des éléments au dossier que la recourante s'était engagée, par avenant n°1 du 21 octobre 2019, à verser une somme de CHF 86'160.- à la mise en cause à titre de premier acompte pour les travaux concernés. Au surplus, les quatre demandes d'acomptes, datées des 28 octobre, 22 novembre 2019, 10 mars et 24 juin 2020 – sur la base desquelles les versements litigieux ont été effectués –, mentionnaient sans équivoque que les sommes à payer par la recourante étaient destinées à couvrir les travaux d'aménagement des locaux litigieux. Force est ainsi de considérer que les termes contractuels étaient clairs: Les acomptes versés par la recourante étaient destinés au règlement des factures relatives aux travaux à réaliser dans les locaux loués. L'argent était donc confié à la société mise en cause et celle-ci s'était engagée à en faire un emploi déterminé. Or, à la lecture du dossier, notamment du procès-verbal de l'état des lieux de sortie du 20 janvier 2021, il apparaît que ces valeurs patrimoniales pourraient ne pas avoir été – totalement – affectées au but convenu. En effet, près de trois ans après la conclusion du contrat de bail à loyer, il semblerait que les locaux ne soient toujours pas exploitables selon la destination prévue par le contrat. Une instruction a d'ailleurs été ouverte par le Ministère public pour dommages à la propriété. En outre, la recourante soutient que la société mise en cause – dont les gérants n'ont pas été auditionnés par le Ministère public – ne lui aurait pas remis de planning des travaux effectivement entrepris ni d'état financier, malgré les demandes formulées en ce sens. Enfin, elle affirme, pièce à l'appui, que les frais de remise en état des locaux, qui auraient été, d'après elle, laissés à l'abandon par la précitée, s'élèveraient à CHF 135'582.85. En définitive, les éléments actuellement au dossier ne permettent pas de retenir, sous l'angle du principe *in dubio pro duriore*, une absence de prévention d'abus de confiance. Le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière apparaissant prématuré, la cause sera dès lors retournée au Ministère public pour ouverture d'une instruction sur ce point, charge à lui de mener les actes d'enquête utiles, notamment l'audition des gérants de D\_\_\_\_\_ Sàrl. Ce grief sera dès lors admis. 4.4.2. En revanche, D\_\_\_\_\_ Sàrl et ses gérants n'ont manifestement pas la qualité de gérants nécessaire à l'application de l'art. 158 CP, n'étant ni un des organes de droit, ni de fait de la recourante. Le fait que cette dernière leur ait remis une somme d'argent dans le but de couvrir les frais liés aux travaux

d'aménagement des locaux litigieux ne leur donne pas la qualité de gérant, puisque le fondement contractuel de la relation entre les parties ne repose pas sur la responsabilité d'administrer le patrimoine de la recourante. Partant, c'est à bon droit que le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur cette infraction. Infondé, ce grief sera par conséquent rejeté.

## **E. 5**

Enfin, à bien la comprendre, la recourante soutient pour la première fois dans sa réplique, que les faits dénoncés seraient potentiellement constitutifs d'une escroquerie (art. 146 CP).

### **E. 5.1**

En vertu de l'art. 146 CP, se rend coupable d'escroquerie celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit pas. Il faut encore qu'elle soit astucieuse. Ainsi en va-t-il, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier. L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1010/2018 du 22 janvier 2019 consid. 3.3.1). Le principe de la coresponsabilité ne saurait cependant être utilisé pour nier trop aisément le caractère astucieux de la tromperie (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_319/2009 du 29 octobre 2009 consid. 2.2).

### **E. 5.2**

En l'occurrence, force est de constater que les éléments constitutifs d'une escroquerie au préjudice de la recourante ne sont pas réalisés. En effet, même à supposer que la société mise en cause ait voulu tromper la recourante, la condition de l'astuce fait manifestement défaut, puisque l'on ne distingue pas de quelle manœuvre frauduleuse, édifice de mensonges ou mise en scène subtile, cette dernière aurait fait l'objet. Elle n'en invoque d'ailleurs pas. En outre, l'intéressée ne démontre pas, ni n'allègue, l'existence d'un rapport de confiance particulier entre les parties, qui l'aurait dissuadée de procéder à des vérifications élémentaires. Bien plutôt, il appert qu'elle s'est acquittée des acomptes réclamés par la société mise en cause, sans remettre en question les montants – au demeurant conséquents – de ceux-ci au moment de leur règlement. De plus, malgré le fait que le contrat de bail à loyer litigieux prévoyait expressément que les acomptes fussent versés moyennant la présentation de factures, il résulte du dossier, et la recourante l'admet elle-même, qu'elle n'a pas obtenu de planning des travaux effectivement entrepris par la société mise en cause, ni d'état financier. Il n'apparaît pas non plus qu'elle se serait rendue sur le chantier pour contrôler le déroulement des travaux ou qu'elle se soit tenue au courant

de l'avancée de ceux-ci, puisqu'elle semble avoir découvert l'état des locaux au moment de l'état des lieux de sortie le 20 janvier 2021. On ne décèle ainsi pas de soupçon de machination astucieuse. La recourante n'a en outre pas fait preuve du minimum d'attention et de prudence que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Par conséquent, la prévention pénale d'escroquerie était manifestement insuffisante. Ce grief sera, par conséquent, rejeté.

#### **E. 6**

Partiellement fondé, le recours sera admis. L'ordonnance querellée sera annulée en tant qu'elle concerne l'infraction à l'art. 138 CP et la cause renvoyée au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

#### **E. 7**

La recourante n'obtient que partiellement gain de cause, de sorte qu'elle supportera la moitié des frais de la procédure de recours envers l'État, fixés en totalité à CHF 900.-, soit CHF 450.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03), le solde étant laissé à la charge de l'État. Le montant dû sera prélevé sur les sûretés versées et le solde lui sera restitué.

#### **E. 8**

La recourante, partie plaignante, a sollicité une indemnité qu'elle a chiffrée à CHF 7'269.75. Ce montant apparaît toutefois excessif. Compte tenu de l'ampleur de l'écriture de recours (qui comprend 24 pages, dont seules 12 pages sont consacrées à la discussion juridique et 3 pages de réplique) et du fait que la recourante n'obtient que partiellement gain de cause, une indemnité correspondant à 10 heures d'activité, au tarif horaire de CHF 450.- appliqué par la Chambre de céans pour un avocat chef d'étude, paraît justifiée. L'indemnité sera donc arrêtée à CHF 4'500.-, plus la TVA à 7.7% (CHF 346.50), soit un total de CHF 4'846.50 et mise à la charge de l'Etat ( ACPR/675/2020 du 24 septembre 2020 consid. 6.2 et les arrêts cités). \* \* \* \* \*

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