

# VD\_FINDINFO Décision / 2021 / 635 vom 27. August 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-08-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_D\\_cision\\_\\_\\_2021\\_\\_\\_635](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_D_cision___2021___635)

FR: VD\_FINDINFO Décision / 2021 / 635 du 27 août 2021

IT: VD\_FINDINFO Décision / 2021 / 635 del 27 agosto 2021

## Regeste

NON-LIEU, ESCROQUERIE, ABUS DE CONFIANCE | 138 ch. 1 CP, 146 al. 1 CP, 310 CPP (CH)

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile (art. 310 al. 2 et 322 al. 2 CPP), contre une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

### E. 2.1

Conformément à l'art. 310 al. 1 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), qu'il existe des empêchements de procéder (let. b) ou que les conditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (let. c). Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, il importe que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient manifestement pas réunis. Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage « in dubio pro duriore », qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101] et art. 2 al. 2 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2; TF 6B\_510/2020 du 15 septembre 2020 consid. 3.2) 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 (ATF 146 IV 68 consid. 2.1). En d'autres termes, il faut être certain que l'état de fait ne constitue aucune infraction. Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans les cas clairs du point de vue des faits, mais également du droit; s'il est nécessaire de clarifier l'état de fait ou de procéder à une appréciation juridique approfondie, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte. En règle générale, dans le doute, il convient d'ouvrir une enquête pénale (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; ATF 138 IV 86 précité consid. 4.1.2; ATF 137 IV 285 consid. 2.3 et les références citées, JdT 2012 IV 160; TF 6B\_207/2020 du 14 septembre 2020 consid. 2.1). En revanche, le Ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (TF 6B\_541/2017 du 20 décembre 2017 consid. 2.2). Selon la jurisprudence, le Ministère public peut procéder à certaines vérifications avant de refuser d'entrer en matière. Il peut demander des compléments d'enquête à la police, non seulement lorsqu'il s'agit de compléter un précédent

rapport au sens de l'art. 307 CPP, mais aussi lorsque la dénonciation elle-même apparaît insuffisante (art. 309 al. 2 CPP). Il ressort également de l'art. 309 al. 1 let. a CPP, précité, que le Ministère public peut procéder à ses propres constatations. Cela comprend le droit de consulter les fichiers, dossiers et renseignements disponibles. Il en va de même lorsque le Ministère public demande à la personne mise en cause une simple prise de position (TF 6B\_1096/2018 du 25 janvier 2019; TF 6B\_1365/2017 du 27 juin 2018 consid. 3.3 et les références citées; Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire du Code de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 4 ad art. 310 CPP). Avant l'ouverture d'une instruction, le droit de participer à l'administration des preuves ne s'applique en principe pas (art. 147 al. 1 CPP a contrario), et ce y compris en cas d'investigations policières diligentées à titre de complément d'enquête requis par le Ministère public en vertu de l'art. 309 al. 2 CPP.

## **E. 2.2**

Avant toute autre considération, il doit être précisé que l'audition de l'administrateur de la plaignante, à laquelle il a été procédé le 12 octobre 2020, n'empêchait pas le Ministère public de rendre une ordonnance de non-entrée en matière, s'agissant uniquement de circonscrire l'objet de la plainte, comme le relève à bon droit l'ordonnance entreprise (ch. 3, p. 5). La recourante n'en tire du reste aucun moyen.

## **E. 3.1**

La recourante fait valoir que les éléments constitutifs de l'abus de confiance et de l'escroquerie seraient réalisés et qu'une instruction pénale devrait être ouverte.

### **E. 3.2.1**

A teneur de l'art. 138 ch. 1 CP, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées (al. 2), sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 3). L'abus de confiance commis au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivi que sur plainte (al. 4). Sur le plan objectif, cette 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 p. 27; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n° 4 ad art. 138 CP). Le comportement délictueux consiste à utiliser la valeur patrimoniale contrairement aux instructions reçues, en s'écartant de la destination fixée (ATF 129 IV 257 consid. 2.2.1 et les références citées). 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 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; ATF 121 IV 23 consid. 1c; TF 6B 819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.4). Du point de vue subjectif, l'auteur doit agir intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATF 118 IV 32 consid. 2a; TF 6B\_918/2019 du 28 novembre 2019 consid. 4.1). Celui qui dispose à son profit ou au profit d'un tiers d'un bien qui lui a été confié et qu'il s'est engagé à tenir en tout temps à disposition de l'ayant droit

s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer immédiatement en tout temps. Celui qui ne s'est engagé à ne tenir le bien confié à disposition de l'ayant droit qu'à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé ne s'enrichit illégitimement que s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2; ATF 118 IV 27 consid. 3a; TF 6B\_54/2019 du 3 mai 2019 consid. 2.1). Le dessein d'enrichissement illégitime fait en revanche défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale, l'auteur en paie la contre-valeur, 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 (« Ersatzbereitschaft »; ATF 118 IV 32 consid. 2a; TF 6B\_1429/2019 du 5 février 2020 consid. 2.2; TF 6B\_972/2018 du 20 novembre 2018 consid. 2.4.1).

### **E. 3.2.2**

Se rend coupable d'escroquerie, au sens de l'art. 146 al. 1 CP, 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. L'infraction est dite qualifiée si l'auteur fait métier de l'escroquerie (al. 2). Lorsque l'auteur, par une tromperie astucieuse, s'est fait confier une chose mobilière ou des valeurs patrimoniales, la jurisprudence considère que les faits sont constitutifs d'escroquerie et d'abus de confiance (TF 6B\_473/2016 du 22 juin 2017 consid. 3.1, avec les références suivantes : TF 6B\_507/2015 du 25 février 2016 consid. 6.1; TF 6B\_569/2014 du 24 novembre 2014 consid. 3.1; TF 6B\_91/2007 du 8 juillet 2007 consid. 6.2; TF 6B\_393\_2007 du 2 novembre 2007 consid. 3.6; cf. ATF 117 IV 429 consid. 3 p. 436; ATF 133 IV 21 consid. 6 et 7 p. 27 ss; Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari [éd.], Petit commentaire CP, 2 e éd., Bâle 2017, n. 55 ad art. 138 CP).

### **E. 3.3**

La recourante fait grief à R. \_\_\_\_\_ d'une attitude contradictoire et rénitente en relation avec la finalité, soit l'affectation, du montant versé par elle le 10 janvier 2013. Elle se prévaut en particulier d'échanges de courriers électroniques intervenus entre sa fiduciaire et R. \_\_\_\_\_ les 22-23 octobre 2013 et le 14 décembre 2016 (P. 5/16 et 5/18, déjà citées), ainsi que d'une lettre de cet avocat du 7 janvier 2013 (P. 5/14). D'office, la Cour relève que les faits ne sont pas prescrits. En effet, les agissements incriminés, continus, n'ont, en l'état du dossier, pris fin qu'en juin 2018, moment auquel R. \_\_\_\_\_ a confirmé sa position à l'intention du Bâtonnier, en précisant que des négociations étaient en cours (cf. lettre du 11 juin 2018 sous P. 28).

### **E. 3.4.1**

La question à trancher est celle de savoir si le dossier permet, en l'état, de retenir que les éléments constitutifs de l'infraction ou que les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis au sens de l'art. 310 al. 1 let. a CPP, seul mentionné par l'ordonnance. Les hypothèses prévues par l'art. 310 al. 1 let. b et c CPP ne sont en effet pas en cause.

### **E. 3.4.2**

Il est constant qu'R. \_\_\_\_\_ était le seul ayant droit économique d'[...]. C'est ainsi, notamment, que, par courriel du 23 octobre 2013 à la fiduciaire, il a indiqué avoir « constitué cette SA avec [s] es deniers et l'a [voir] administrée en réalisant d'autres

opérations » (P. 5/16). La société anonyme à actionnaire unique ( Einmannengesellschaft ) – notamment lorsqu'elle a pour but l'exploitation d'un immeuble – ne correspond pas à la société anonyme type, telle que la voulait le législateur, c'est-à-dire « une grande société de caractère capitaliste et collectiviste qui exerce une activité commerciale ou industrielle » (cf. Schlaepfer, La vente du capital-actions d'une société anonyme immobilière, thèse, Genève 1948, p. 38, cité par TF 1E.5/2002 du 5 septembre 2002 consid. 2.4). Ce genre de société anonyme, création de la pratique, est néanmoins toléré en droit suisse et, malgré l'identité économique entre la société et l'actionnaire, on les traite en principe comme des sujets de droit distincts, avec des patrimoines séparés (cf. notamment ATF 92 II 160 consid. 1 p. 164; ATF 85 I 91 consid. 2 p. 97). Cependant, la jurisprudence tient parfois compte de l'identité économique entre la société et son actionnaire lorsque, dans les rapports de la société avec des tiers, le principe de la bonne foi en affaires exige qu'il soit fait abstraction de son indépendance formelle; on évite ainsi, le cas échéant, de consacrer un abus de droit (principe de la transparence [ Durchgriff ], déduit de l'art. 2 CC; cf. ATF 144 III 541; ATF 132 III 489 consid. 3.2; ATF 113 II 31 consid. 2c p. 36; ATF 112 II 503 consid. 3b p. 506; TF 4A\_379/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.1; TF 4C.335/1999, in : SJ 2001 I 186 consid. 5c).

### **E. 3.4.3**

Un premier élément pouvant, en l'état, être tenu pour déterminant quant à l'appréciation de la volonté des parties est le fait qu'R. \_\_\_\_\_ n'a pas réagi à la réception du versement litigieux, dont le motif était libellé comme il suit : « ACHAT PAR [...] DE 50% DU CAPITAL ACTIONS DE LA SOCIETE [...] » (P. 13/2, déjà citée) et qui devait évidemment figurer sur l'avis de crédit à l'identique de la mention assortissant l'avis de débit. Quoi qu'il en soit, la production de l'avis de crédit est de nature à l'établir. On comprend d'autant moins ce silence que, s'agissant d'une Einmannengesellschaft, la réaction à laquelle on aurait pu s'attendre de la part d'un avocat rompu aux affaires, confronté à un partenaire prétendant acquérir la moitié du capital-actions de sa société, aurait été d'opposer une fin de non-recevoir en retournant le versement ou, à tout le moins, de contester expressément le motif du virement en indiquant l'affectation qu'il entendait donner aux fonds versés, tout en impartissant à l'autre partie un délai pour se manifester. En l'état, ce silence semble d'autant plus insolite qu'R. \_\_\_\_\_ avait lui-même – qui plus est en référence à [...] – requis le paiement trois jours avant le versement seulement, soit par lettre du 7 janvier 2013 (P. 5/14). Un autre élément pouvant, en l'état, être tenu pour déterminant est la lettre du 9 décembre 2016 à [...], par laquelle R. \_\_\_\_\_ fait état d'« une participation de CHF 133'587,70 sans intérêts » (P. 5/17). Or, en matière de commerce, l'intérêt est dû même sans convention (art. 313 al. 2 CO). Outre que le prêt dont se prévaut R. \_\_\_\_\_ dans certaines écritures ne saurait être présumé gratuit, l'existence d'un tel contrat semble infirmée par le terme « participation », également utilisé dans le courriel du 23 octobre 2013 déjà mentionné (P. 5/16), ainsi que dans un message du 22 octobre 2013 (ibid.). En effet, un homme d'affaires ne peut ignorer la différence entre un prêt et un apport de capital (cf., quant à cette distinction, ATF 90 I 153, JdT 1965 I 162). Or, c'est précisément cette confusion que semble, du moins en l'état, entretenir R. \_\_\_\_\_ dans son courriel du 23 octobre 2013, en relevant qu' « [i] l ne s'agit que d'une participation financière et rien d'autre qui sera liquidée à la vente de [...] qui a été financée à 100 % par mes soins » (P. 5/16 précitée). On peine, en l'état, à comprendre quelle place aurait une « participation financière » de source tierce, dans un projet déjà entièrement financé par l'investisseur, au moyen de fonds propres et d'un emprunt bancaire. Un troisième élément

pouvant, en l'état, être tenu pour déterminant est la déposition de [...], lequel a sans autre considéré que H. \_\_\_\_\_ s'était portée acquéreuse « de la moitié de la société [...] » (PV aud. 1, l. 151-152, déjà cité). En présence de tels éléments convergents, il apparaît, toujours en l'état, de peu de poids que, dans un message du 14 décembre 2016, R. \_\_\_\_\_ ait indiqué qu'il s'agissait « d'un simple prêt sur intérêt lié parallèlement aux déboirs (sic) de [...] » (P. 4/18). D'abord, cette assertion est dans l'intérêt de son auteur. Ensuite, un contrat oral ne pouvant être présumé entre commerçants, il lui aurait été loisible de produire le contrat de prêt mentionné, respectivement – si cet accord éventuel devait contenir des secrets d'affaires – d'en faire état par les seules mentions de sa date et de ses dispositions déterminantes (montant et modalités de remboursement, notamment). Le rapprochement de ces éléments commande, en l'état, de tenir pour vraisemblable que le montant litigieux a été versé à titre de participation au capital plutôt que de prêt. A tout le moins, le dossier ne permet pas, toujours en l'état, d'exclure la participation au capital en la tenant pour moins vraisemblable que le prêt.

#### **E. 3.4.4**

Bien qu'elle relève du droit privé, cette distinction n'est pas dépourvue de portée quant à la suite à donner à la plainte pénale de la recourante. En effet, lorsque la destination du prêt n'a pas été précisée, l'emprunteur peut utiliser les fonds comme bon lui semble (TF 6B\_1010/2018 du 22 janvier 2019 consid. 3.2.1 in fine et la référence doctrinale citée). Tel n'est en revanche pas le cas d'une société anonyme à l'égard de ses actionnaires. Or, il ne saurait être exclu qu'R. \_\_\_\_\_ ait obtenu le versement de fonds dont il aurait disposé à sa guise en laissant accroire à H. \_\_\_\_\_ qu'elle était entrée dans le capital d'[...]. Il aurait ainsi, par des indications fallacieuses dont il n'est pas à exclure qu'elles aient été astucieuses au sens légal, obtenu un prêt à bon compte de la part d'une partenaire d'affaires convaincue d'être entrée dans le capital social et dont il ne peut, en l'état, être présumé qu'elle lui aurait alloué des fonds à d'autres conditions. Le temps écoulé depuis le versement litigieux et les apparentes réticences de la plaignante à saisir le juge civil (singulièrement pour demander la délivrance des actions à la hauteur de sa prétendue participation au capital-actions, respectivement son inscription au registre des actionnaires) n'y changent rien, vu les rapports personnels et les liens de confiance entre R. \_\_\_\_\_ et [...], révélés notamment par le tutoiement utilisé dans leur correspondance et par l'ancienneté de leurs relations d'affaires (P. 4, ch. 11, p. 2, et ch. 33, p. 4). Il en va de même du retrait du complément de plainte du 17 août 2020.

#### **E. 4**

Il y a donc matière à ouvrir une instruction pénale. Il incombe en particulier au Ministère public de faire produire l'avis de crédit du versement de 133'587 fr. 70 effectué par la recourante le 10 janvier 2013 en faveur d'R. \_\_\_\_\_. En outre, il conviendra d'inviter R. \_\_\_\_\_ à produire tout contrat de prêt éventuel qu'il aurait conclu avec H. \_\_\_\_\_, ainsi que les bilans annuels d'[...] depuis l'exercice 2013. Il est loisible au Procureur de procéder à toute autre mesure d'instruction qu'il tiendra pour indiquée.

#### **E. 5**

En définitive, le recours doit être admis et l'ordonnance de non-entrée en matière attaquée annulée. Le dossier de la cause sera renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique, pour qu'il procède dans le sens des considérants (art. 397 al. 2 CPP). Les frais de la procédure de recours, par 1'540 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de

procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP). La recourante, qui a procédé avec l'assistance d'un conseil de choix et qui a obtenu gain de cause, a droit, à la charge de l'Etat, à une pleine indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure de recours (art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP). Il convient de retenir une activité raisonnable de quatre heures d'avocat au total. Le tarif horaire sera fixé à 300 fr. pour tenir compte du degré de complexité de la cause (art. 26a al. 4 TFIP). A ces honoraires doivent être ajoutés des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 19 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; BLV 270.11.6], applicable par analogie par renvoi de l'art. 26a al. 6 TFIP) par 24 fr., plus un montant correspondant à la TVA par 94 fr. 25. La pleine indemnité s'élève ainsi à 1'319 fr. en chiffres arrondis. Par ces motifs, la Chambre des recours pénale prononce : I. Le recours est admis. II. L'ordonnance du 28 janvier 2021 est annulée. III. Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique, pour qu'il procède dans le sens des considérants. IV. Les frais d'arrêt, par 1'540 fr. (mille cinq cent quarante francs), sont laissés à la charge de l'Etat. V. Une indemnité de 1'319 fr. (mille trois cent dix-neuf francs) est allouée à H. \_\_\_\_\_ pour la procédure de recours, à la charge de l'Etat. VI. L'arrêt est exécutoire. Le président : \_\_\_\_\_ Le greffier : Du Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à : - Me Emmeline Bonnard, avocate (pour H. \_\_\_\_\_), - Ministère public central, et communiqué à : ■ M. le Procureur général adjoint, par l'envoi de photocopies. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF). Le greffier :

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