

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/17698/2017

ACPR/648/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 7 novembre 2018

Entre

A _____ et **B** _____, comparant par M^c Vincent SOLARI, avocat, PONCET TURRETINI
AVOCATS, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11,

recourantes,

contre la décision de non-entrée en matière rendue le 23 mai 2018 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte déposé au greffe le 4 juin 2018, A_____ et B_____ recourent contre la décision du 23 mai 2018, communiquée sous pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur leur plainte pénale du 29 août 2017 contre C_____, D_____ et E_____, des chefs d'escroquerie (art. 146 CP) et de gestion fautive (art. 165 CP).

Les recourantes concluent à l'annulation de cette ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public pour instruction préliminaire.

- b.** A_____ et B_____ ont payé les sûretés, en CHF 1'500.-, qui leur étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. À l'appui de leur plainte, A_____ et B_____ exposent que, par l'intermédiaire de F_____, respectivement leur gendre et mari, elles ont accordé chacune, le 15 mars 2016, un prêt de CHF 100'000.- à G_____ SA dont C_____, D_____ et E_____ étaient les organes. La société était tombée en faillite le 14 décembre 2016, sans qu'elles n'eussent perçu les intérêts convenus ni récupéré le capital. Or, leur argent n'avait pas été consacré, comme il l'aurait dû, au développement de G_____ SA, comme "*capital circulant*" ("*working capital*"), mais au paiement de salaires aux prénommés; il apparaissait même du compte [auprès de] H_____ de la société que l'argent prêté avait été affecté à de telles fins dans les jours suivant son apport. G_____ SA était surendettée déjà à la passation des contrats, ce que C_____, D_____ et E_____ avaient caché; tardant en outre à déposer le bilan, ceux-ci s'étaient rendus coupables d'escroquerie et de gestion fautive.

b. Entendus par la police, C_____ – qui, par lettre du 23 février 2017 à l'avocat des plaignantes, avait attiré l'attention sur le fait que les actionnaires étaient postposées dans les comptes remis à F_____ –, D_____ et E_____ ont contesté les faits, expliquant n'avoir jamais traité avec les plaignantes, mais avec F_____, qui avait, lui, montré son intérêt à investir indirectement dans G_____ SA et les avaient même convaincus de déménager la société dans les locaux professionnels qu'il occupait. F_____, familier en investissements, n'ignorait rien de la situation économique de la société, car tout renseignement et toutes pièces utiles lui avaient été fournis et ils communiquaient directement sur leurs lieux de travail. Les principales dépenses d'une société vouée, comme G_____ SA, au développement de solutions informatiques étaient constituées par les salaires; les leurs et celui d'un acquisateur de clientèle n'avaient rien d'excessif. Les CHF 200'000.- visaient à financer l'emploi d'une personne pour la vente et d'une

autre pour le support technique. Dès l'été 2016, la marche des affaires et les rentrées d'argent avaient ralenti par suite de la perte concomitante d'un gros client et du départ d'un ancien associé, ainsi que de deux incapacités de travail (de E_____, chargé du développement, et du "commercial"). L'imminence de la faillite n'avait pas été tue à F_____.

C_____, D_____ et E_____ ont produit des pièces, notamment des messages électroniques échangés avec F_____. À teneur de l'un d'eux, du 8 août 2016, F_____ exige le licenciement immédiat du "commercial" et insiste sur la nécessité d'un flot de trésorerie ("*cash flow*") suffisant avant la fin de l'année courante, faute de quoi l'entreprise fermerait ("*or we shut things down*"). Le lendemain, C_____ lui répond que le licenciement serait notifié au retour de l'employé (selon D_____ et E_____, cet employé, tombé malade, n'était jamais réapparu dans la société).

c. Le rapport de la brigade financière de la police, rendu sur ces entrefaites, met en évidence les clauses à teneur desquelles le prêt était accordé sans garantie, à des fins opérationnelles et de développement ("*for its operational and service development costs*", selon le résumé de contrat [cf. aussi l'art. 4.2 : "*for its operational costs and other liabilities*"]), et que la créance des prêteuses serait postposée si G_____ SA se trouvait en surendettement, au sens de l'art. 725 CO. L'examen du compte H_____ montrait des rentrées de près de CHF 100'000.- en 2016, provenant vraisemblablement de la clientèle. La faillite avait été clôturée le 27 juin 2017 sans que l'Office des faillites ne dénonçât d'infraction. Les prévenus avaient justifié leurs dires, et les plaignantes, signataires des contrats, avaient pris des risques en investissant dans une jeune pousse ("*start-up*").

Est notamment annexé un bilan 2015 mentionnant la postposition de diverses créances, dont celles des actionnaires.

- C. Dans la décision querellée, le Ministère public retient que F_____ n'avait pas été induit en erreur, que l'argent prêté n'avait pas connu d'autres affectations que celles convenues, soit notamment à des salaires raisonnables, et qu'aucune faute de gestion n'était avérée.
- D. a. Dans leur recours, A_____ et B_____ reprennent les faits et arguments de leur plainte pénale. Elles reprochent au Ministère public de s'être uniquement fondé sur les déclarations des personnes mises en cause. Or, ces dernières avaient expliqué à l'Office des faillites que G_____ SA était surendettée à fin 2015 déjà. Si F_____ l'avait su, elles n'auraient jamais accepté de prêter l'argent. En n'établissant notamment pas de bilan intermédiaire à fin 2015, C_____, D_____ et E_____ avaient laissé le surendettement s'aggraver, savaient que les prêts ne

pourraient pas être remboursés et les avaient par conséquent utilisés à la légère, au sens de l'art. 165 CP.

À titre de pièces nouvelles, elles joignent copie de l'audition de C_____ par l'Office des faillites, dont il ressort que le surendettement de G_____ SA aurait commencé courant 2015.

b. C_____, D_____ et E_____ proposent de rejeter le recours, en des termes pratiquement identiques.

c. A_____ et B_____ ont répliqué.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et – faute de date de notification établie (art. 85 al. 2 CPP) – dans le délai prescrits (art. 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.
2. La jurisprudence admet la production de faits et de moyens de preuve nouveaux devant l'instance de recours au moment du dépôt du recours, que le recourant ait été en mesure de les produire en première instance ou non (arrêt du Tribunal fédéral 1B_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1). Le procès-verbal d'audition de l'un des intimés par l'Office des faillites est donc recevable.
3. Les recourantes estiment que les organes de la société faillite les ont escroquées et ont fait preuve de gestion fautive, en tout cas à hauteur d'un soupçon justifiant l'ouverture d'une instruction.
 - 3.1. 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). 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 duriore*" 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; arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). 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 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91; ATF 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288; arrêts du Tribunal fédéral 6B_417/2017 du 10 janvier 2018 consid. 2.1.2; 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). En cas de doute, il appartient donc au juge matériellement compétent de se prononcer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 20 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références).

Des motifs de fait peuvent justifier la non-entrée en matière. Il s'agit des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public. Il faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le procureur doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 9 ad art. 310; R. PFISTER-LIECHTI (éd.), *La procédure pénale fédérale*, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 62; DCPR/85/2011 du 27 avril 2011).

3.2. Aux termes 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 que le crime d'escroquerie soit consommé, l'erreur dans laquelle la tromperie astucieuse a mis ou conforté la dupe doit avoir déterminé celle-ci à accomplir un acte préjudiciable à ses intérêts pécuniaires, ou à ceux d'un tiers, sur le patrimoine duquel elle a un certain pouvoir de disposition. La dupe et celui qui dispose doivent être identiques, mais pas celui qui dispose et le lésé. Si la dupe ne porte pas préjudice à elle-même, mais à un tiers (escroquerie triangulaire), la réalisation de l'infraction présuppose que la dupe soit responsable ("*verantwortlich*"), respectivement compétente ("*zuständig*"), pour le patrimoine du lésé et puisse en disposer, au moins de fait (ATF 133 IV 171 consid. 4.3 p. 175; ATF 128 IV 255 consid. 2e

p. 256 ss.). Dans ce cas, la dupe n'est cependant pas directement lésée (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 56 ad art. 115).

3.3. Selon l'art. 165 CP, se rend coupable de gestion fautive celui qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP (diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers), par des fautes de gestion, notamment, par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou 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, alors qu'il avait été déclaré en faillite. Cette 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, 3^e éd., Berne 2010, n. 9 ad art. 165 CP). L'auteur est soit le débiteur lui-même, soit l'une des personnes visées à l'art. 29 CP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1047/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.3.).

3.4. 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_726/2017 du 20 octobre 2017 consid. 1.2). L'art. 165 CP ne vise que les fautes de gestion économiques grossières. Ainsi du conseil d'administration qui omet d'aviser le juge lorsque les conditions de l'art. 725 al. 2 CO sont réunies (arrêt du Tribunal fédéral 6B_242/2015 du 6 octobre 2015 consid. 1.3.1.). 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).

3.5. En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu si c'est sous l'empire d'une erreur astucieuse que F_____, par hypothèse dupé, a mis CHF 200'000.- (de son patrimoine ou de celui de ses alliées) à disposition de la société. À cet égard, les recourantes ne contestent pas les allégations des intimés sur la familiarisation suffisante de F_____ avec les questions d'investissement, sur son souhait d'investir personnellement (fût-ce sous le couvert de prête-noms, avec lesquels les intimés n'avaient jamais eu de contact, mais qui ont formellement signé les contrats) et sur son incitation à les faire rejoindre ses locaux professionnels, où tous avaient eu par la suite des contacts réguliers.

Par ailleurs, la plainte n'a jamais fait état que d'une "erreur" induite par les intimés au sujet de la situation de la société et des perspectives de développement de cette dernière. On y chercherait en vain des éléments caractérisant une *tromperie*, qui plus est astucieuse. Les recourantes y affirment que les intimés étaient à la recherche d'investisseurs, qu'ils avaient promis un rendement intéressant et que la situation de la société avait été présentée comme saine (plainte p. 2). Ces éléments – dont elles n'ont pu avoir connaissance que par F_____ – n'avaient rien d'astucieux. Au demeurant, le prénommé était en mesure de se faire remettre facilement des informations probantes, telles que, par exemple, les états financiers. Comme cela résulte des pièces remises à la police, et sans réfutation dans l'acte de recours, F_____ semble s'être contenté de recevoir, un mois avant la signature des contrats, un inventaire dressé au mois de janvier 2016 qui ne dit rien de la solvabilité ni des perspectives de développement de la société.

De plus, les contrats – rédigés en anglais, qui paraît être la langue usitée par F_____, à teneur de ses messages électroniques aux intimés – ne comportent aucune garantie ou promesse d'aucune sorte, que ce soit sur la santé financière de G_____ SA, l'affectation des fonds ou les expectatives de remboursement. Le premier point n'y figure pas; le deuxième est largement défini ("*for its operational and service development costs*", selon le résumé; "*for its operational costs and other liabilities*", selon l'art. 4.2); et le troisième point, qui exclut expressément toute garantie quelconque, est même renforcé par une clause spécifique énonçant un engagement inconditionnel de post-position des deux créances si la société devait tomber sous le coup de l'art. 725 CO. Indiscutablement, ces éléments étaient de nature à attirer l'attention de F_____ sur le fait qu'il financerait (ou ferait financer) une jeune pousse, avec la part de risque inhérente à toute société cherchant son essor. Autre est la question de savoir si et comment le prénommé a expliqué cette situation aux recourantes. C'est en vain que les recourantes attirent l'attention sur la notion de capital "*circulant*" – soit l'ensemble des biens et services utilisés pendant un cycle de production (<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1477>) –, car on ne voit pas en quoi le paiement de

salaires affectés au développement des produits ou solutions informatiques et à l'acquisition de clientèle éloignait G_____ SA de la réalisation de ses buts commerciaux. À tout le moins, les recourantes n'en esquissent pas la démonstration. Pour pouvoir prospérer, la société devait à l'évidence compter sur un minimum de personnel.

Il faut bien plutôt voir les prêts accordés comme des apports de liquidité, et non comme un investissement, à l'inverse d'une prise de participation, par exemple.

Le grief d'escroquerie est par conséquent rejeté, faute d'un élément constitutif de l'infraction.

3.6. Le dossier – qui n'est pas réduit aux seules déclarations des intimés, mais comporte de nombreuses pièces, y compris celles remises par ces derniers – ne révèle pas en quoi les prêts auraient été utilisés à la légère, et notamment pas par leur affectation aux charges sociales. Les recourantes ne tentent pas de démontrer en quoi les salaires payés étaient excessifs. Elles ne contestent pas la perte d'un gros client, dont la fin des paiements après avril 2016 paraît suffisamment étayée par les relevés de H_____ qu'elles avaient obtenus avant le dépôt de leur plainte.

Elles mettent en exergue – dans le recours seulement – une déclaration de l'un des intimés à l'Office des faillites, à teneur de laquelle le surendettement de G_____ SA serait né en 2015 (et que le bilan 2015 remis à la police atteste). Ce faisant, elles omettent le passage, quelques lignes plus bas, où le déclarant explique les mesures correctives qui ont été prises avant le dépôt de bilan (avis au juge), le 2 novembre 2016, à savoir la post-position de créances, la diminution des salaires, ainsi que des licenciements. Le premier point est établi, non seulement pour ce qui touche aux prêts litigieux, mais aussi aux créances des actionnaires; et la prise des deux autres mesures n'est pas contestée. Le "*commercial*" jugé superflu n'a pas repris ses activités après août 2016 et, dès le mois suivant, un des intimés a à son tour connu un arrêt de travail, sans salaire ultérieur (cf. plainte p. 3). Par ailleurs, il ressort de la déclaration à l'Office des faillites, susmentionnée, qu'un bilan intermédiaire a effectivement été dressé à la fin juin 2016. Les recourantes se sont contentées d'alléguer le contraire, sans expliquer ce qui le leur permettait, alors que la police a relevé que l'Office des faillites n'avait pas déposé de dénonciation pénale pour ce qui relevait de ses propres constatations. Pour le surplus, le dossier établit qu'au début août 2016, F_____ ignorait d'autant moins le surendettement qu'il entrevoyait la cessation d'activité pour la fin de l'année 2016. En avisant le juge le 2 novembre 2016, les intimés n'ont donc pas fait preuve d'une irresponsabilité grossière qui aurait aggravé la situation de G_____ SA

Il faut bien plutôt considérer que l'apport de liquidités d'avril 2016 a été rendu nécessaire par l'apparition du surendettement, au bilan 2015, que cet apport s'est

révélé insuffisant en raison du départ d'un client important, qu'un bilan intermédiaire a été rapidement dressé, soit quelques mois après l'arrivée d'argent frais, et que l'avis au juge (art. 725 al. 2 CO) n'a pas tardé, intervenant même avant le délai brandi par F_____ pour fermer l'entreprise.

Le soupçon de gestion fautive est par conséquent insuffisant, et le grief rejeté.

4. Les recourantes, qui succombent dans les conclusions de leurs recours, supporteront, solidairement (art. 418 al. 2 CPP), les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 1'500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03), y compris un émolument de décision.
5. L'intimé E_____, qui a déposé des observations par avocat, n'a pas demandé d'indemnité.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ et B_____, solidairement, aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 1'500.-.

Dit que les sûretés versées seront imputées sur ces frais.

Le communique pour information à C_____, D_____ et E_____.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux recourantes (soit, pour elles, leur conseil) et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie 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. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/17698/2017

ÉTAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (let. b)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- état de frais (let. h)	CHF	75.00
--------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	1'405.00
---------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	1'500.00
--------------	------------	-----------------