

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_312/2009

Arrêt du 17 juillet 2009
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Favre, Président,
Schneider et Ferrari.
Greffière: Mme Kistler Vianin.

Parties
X._____, représenté par Me Pierre Scherb, avocat,
recourant,

contre

1. A._____,
2. B._____,
tous les deux représentés par Me Jacopo Rivara, avocat,
3. C._____,
4. D._____,
intimés,
Procureur général du canton de Genève, 1211 Genève 3,
intimé.

Objet
Abus de confiance; fixation de la peine,

recours contre l'arrêt du 13 mars 2009 de la Cour de cassation du canton de Genève.

Faits:

A.

Par arrêt du 11 novembre 2008, la Cour correctionnelle genevoise, siégeant sans jury, a condamné X._____ pour abus de confiance à une peine privative de liberté de trois ans. Elle a ordonné l'exécution de la peine à concurrence de six mois et suspendu l'exécution du solde, avec un délai d'épreuve de quatre ans. Elle a prononcé la confiscation des sommes d'argent d'origine délictueuse en mains des banques italiennes et leur dévolution aux quatre parties civiles.

B.

Par arrêt du 13 mars 2009, la Cour de cassation du canton de Genève a rejeté le pourvoi formé par X._____. Cet arrêt retient en substance ce qui suit:

B.a En 2002, à Genève, X._____ s'est associé à E._____, F._____ et G._____ aux fins d'exercer une activité financière dans le cadre d'un groupe de sociétés comprenant sa propre société de gestion de fortune, H._____ SA (ci-après: H._____), une holding, I._____ SA (ci-après: I._____), ainsi que des sociétés italiennes à constituer. Il a domicilié les sociétés suisses dans les locaux de sa fiduciaire à Genève et a ouvert des comptes au nom de I._____ et de H._____ auprès de la Banque Migros, du Crédit Suisse et de l'UBS. Il a indiqué F._____ comme ayant droit économique et s'est réservé la signature individuelle sur lesdits comptes; il a autorisé E._____ à débiter directement les comptes de H._____ par e-banking. H._____ a loué des locaux et engagé plusieurs agents aux fins de démarcher la clientèle en Italie; ces contrats ont été signés par X._____, en sa qualité d'administrateur unique de H._____.

B.b Entre 2002 et 2005, X._____ s'est rendu à de nombreuses reprises en Italie, où E._____ l'a présenté aux agents démarcheurs et à certains clients comme le dirigeant du groupe. Une brochure, élaborée par H._____ et payée par X._____, a été distribuée aux clients, indiquant que la société avait un capital de 300 millions de francs, qu'elle avait été créée en 1987 pour opérer

directement sur les marchés financiers à l'échelle mondiale et que son but social premier était la gestion de fortune, activité dans laquelle elle se disait capable d'offrir à ses clients l'accès aux investissements les plus prestigieux. Un site internet a également été créé. Il reproduisait le contenu de cette brochure, faisait état d'un partenariat avec d'importantes entreprises, montrait un jet privé aux armes de la société et offrait aux clients la possibilité de consulter en tout temps l'état de leurs avoirs et les rendements obtenus.

B.c X. _____ a établi deux sortes de contrats-types:

a) les placements "Equity contractual joint venture spot" (placement contractuel en participation au comptant)

Par ce contrat, H. _____ s'engageait à mettre à disposition des clients ses connaissances et ses compétences, et acceptait d'associer à son propre capital, pour un emploi à très court terme, le capital confié par les clients. Elle s'engageait à en rembourser le 100 % dans l'année, augmentés de 6 à 30 % d'intérêt net annuel.

b) les placements "Option to purchase agreement" (contrat d'option d'achat)

Ce contrat prévoyait que Credit Alliance Bank SA, ayant son siège à Vanuatu, conférait aux acheteurs des droits d'emption sur ses propres actions de valeur nominale de USD 10'000 chacune, droits qui devaient être exercés dans une certaine échéance et moyennant le paiement de 10 % de la valeur nominale des actions. H. _____ était désigné en tant qu'unique agent pour vendre une partie des actions. Elle remettait aux investisseurs un document, signé par X. _____, aux termes duquel la valeur nominale des actions leur était garantie, augmentée de 3 à 14 %, de la première à la quatrième année suivant la conclusion du contrat.

B.d Dix-neuf personnes domiciliées en Italie ont été amenées à conclure divers contrats de placement et d'achat d'options sur les actions de Credit Alliance Bank SA. Ces investisseurs ont soit versé les montants sur les comptes de H. _____, soit remis l'argent en cash à E. _____ et à J. _____, à hauteur de 1,5 million de francs.

Dans la réalité, aucun placement ni investissement n'a jamais été effectué. X. _____ a réglé, entre autres, les loyers et l'aménagement des locaux de H. _____, les frais de fonctionnement de la société (papier à en-tête, prospectus, cartes de visite), les frais de sa propre activité pour H. _____ (rémunération d'au moins 20'000 fr. et frais de voyages), le rachat, par H. _____, en 2002, de la part de ses propres actions détenues par K. _____ pour 200'000 euros, les salaires mensuels de 5'000 fr. de K. _____ et de E. _____ ainsi que le leasing de sa voiture de 1'300 fr. par mois, le versement de 185'000 euros à E. _____, les honoraires de 70'000 euros du consultant L. _____ dans l'optique de la création de Credit Alliance Bank SA, les frais de constitution, par 100'000 fr., des sociétés italiennes, ainsi que les loyers, l'aménagement de leurs locaux et leur frais de fonctionnement pour un montant de 350'000 fr. et les salaires et notes de frais de G. _____ pour environ 50'000 euros.

B.e En droit, la cour cantonale a renoncé à retenir l'escroquerie, à défaut de caractère astucieux de la tromperie. Elle a estimé qu'au vu des circonstances, les parties auraient dû se renseigner sur l'honnêteté des affaires proposées, notamment sur la possibilité de verser un intérêt annuel de 30 %. En revanche, elle a considéré que les conditions de l'abus de confiance étaient réalisées. Les clients avaient en effet confié leurs avoirs à H. _____ sur la base de contrats, aux termes desquels celle-ci s'engageait à investir cet argent sur les marchés financiers, en particulier dans des opérations immobilières ainsi que dans l'achat d'options sur les actions d'une banque.

C.

Contre ce arrêt cantonal, X. _____ dépose un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral. Il se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits, de la fausse application de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP et de la sévérité de la peine qui lui a été infligée. Il conclut à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens qu'il soit acquitté et, subsidiairement, à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouveau jugement.

Il n'a pas été requis de déterminations.

Considérant en droit:

1.

Dans un premier moyen, le recourant se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits. Il soutient qu'il a été lui-même la victime d'escrocs d'envergure, à savoir E. _____ et K. _____. C'est ainsi qu'il aurait cru ces derniers lorsqu'ils lui avaient annoncé vouloir investir de l'argent dans sa société H. _____ pour la faire revivre.

1.1 Saisi d'un recours en matière pénale, le Tribunal fédéral ne réexamine l'établissement des faits - sous réserve de l'allégation d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF - que lorsqu'il est entaché d'inexactitude manifeste (art. 97 al. 1 LTF), à savoir d'arbitraire (ATF 134 IV 39 consid. 1.4.1).

Le recourant qui entend invoquer que les constatations de fait sont arbitraires doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation. Le Tribunal fédéral n'examine en effet la violation de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (principe d'allégation). En matière d'appréciation des preuves et de constatations de fait, le Tribunal fédéral se montre réservé, vu le large pouvoir qu'il reconnaît aux autorités cantonales dans ce domaine; il n'intervient, pour violation de l'art. 9 Cst., que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans motif sérieux, de tenir compte d'un moyen de preuve pertinent ou encore s'il a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

De surcroît, le recourant doit démontrer que la violation qu'il invoque est susceptible d'avoir une influence sur le sort de la cause (art. 97 al. 1, in fine, LTF). Il doit rendre vraisemblable que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit. Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

1.2 En l'espèce, le recourant se borne à reprendre les critiques qu'il a formulées en instance cantonale contre le jugement de la cour correctionnelle. Il ajoute simplement que la cour cantonale est elle-même tombée dans l'arbitraire en rejetant les griefs qu'il a soulevés, mais ne conteste pas les arguments que les juges cantonaux ont invoqués pour les écarter et n'expose pas en quoi ils auraient refusé à tort de qualifier d'arbitraire l'appréciation des preuves par la cour correctionnelle. Il n'expose pas davantage, si ce n'est de manière purement appellatoire, en quoi les constatations de faits des premiers juges seraient arbitraires. Faute de motivation suffisante, les griefs soulevés par le recourant sont donc irrecevables.

2.

Le recourant conteste sa condamnation pour abus de confiance. Il explique que les clients ne lui auraient pas remis leurs avoirs pour un usage déterminé, de sorte qu'il n'avait aucune obligation d'en conserver constamment la contre-valeur. En outre, toute intention délictueuse ferait défaut.

2.1 Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP celui qui, sans droit, emploie, à son profit ou au profit d'un tiers, les valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées. Par son comportement, l'auteur doit démontrer 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 et les références citées).

Sur le plan subjectif, il doit agir intentionnellement, avec le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, qui peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34). L'élément subjectif de l'infraction n'est pas donné en cas de capacité de restituer (Ersatzbereitschaft), par quoi l'on désigne l'état de l'auteur qui peut justifier d'avoir, dès lors que la créance était exigible, eu à tout moment la volonté et la possibilité de présenter l'équivalent des montants employés (ATF 118 IV 32 consid. 2a p. 34).

2.2 Selon la jurisprudence, la valeur patrimoniale est considérée comme confiée lorsqu'elle est remise avec l'obligation de la garder à disposition de celui qui l'a confiée jusqu'à l'usage fixé (ATF 120 IV 117 consid. 2e p. 121). L'auteur acquiert la possibilité de disposer de la valeur patrimoniale, mais, selon un accord (exprès ou tacite) ou un autre rapport juridique, il ne peut en faire qu'un usage déterminé. Il n'est pas nécessaire que le titulaire économique ait perdu toute maîtrise de la chose, mais il suffit que l'auteur puisse en disposer seul (ATF 119 IV 127 consid. 2 p. 128; critiqué par la doctrine: cf. notamment CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, n. 21 ad art. 138; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, n. 91 ad art. 138; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6e éd., Berne 2003, § 13 n. 57).

L'art. 138 ch. 1 al. 2 CP vise les cas, dans lesquels - contrairement à l'abus de confiance portant sur une chose mobilière selon l'alinéa premier - l'appartenance à autrui fait défaut ou du moins est discutable. L'alinéa 2 ne s'applique toutefois qu'aux comportements correspondant, par leur structure, à ceux définis à l'alinéa premier. L'auteur devient certes propriétaire des valeurs confiées; c'est pourquoi il acquiert un pouvoir de fait, mais aussi un pouvoir juridique. Les valeurs qui sont entrées dans sa propriété doivent cependant être restituées au déposant. Dans ce sens, elles

appartiennent économiquement à autrui. L'auteur doit ainsi conserver constamment la contre-valeur de ce qu'il a reçu (Werterhaltungspflicht). C'est seulement dans ces cas que l'auteur se trouve dans une situation comparable à celle définie à l'alinéa premier. Cette obligation de conservation est donc une condition de la condamnation en vertu de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP (ATF 133 IV 21 consid. 6.2 p. 27 s.).

L'obligation de conserver la contre-valeur peut reposer sur un accord exprès ou tacite (ATF 120 IV 117 consid. 2b p. 119). Le pouvoir de disposer de la valeur doit avoir été conféré à l'auteur consciemment et volontairement. Selon la jurisprudence, une valeur est confiée à l'auteur, lorsque celui-ci, par une tromperie antérieure, en a obtenu frauduleusement la libre disposition et que cette tromperie a précisément eu pour but que la victime confie ce bien à l'auteur (ATF 117 IV 429 consid. 3c).

En cas de prêt, les valeurs sont confiées lorsqu'elles sont remises dans un but déterminé, correspondant aussi à l'intérêt du prêteur, car dans ce cas, on peut déduire de l'accord contractuel un devoir de la part de l'emprunteur de conserver constamment la contre-valeur de ce qu'il a reçu (ATF 129 IV 257). En revanche, 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 contre-partie d'une prestation qu'elle doit elle-même fournir (ATF 133 IV 21 consid. 7.2 p. 30 s.).

2.3 Il convient d'examiner dans le cas particulier si les avoirs ont été confiés au recourant, autrement dit s'il avait l'obligation d'en conserver la contre-valeur.

2.3.1 Dans le cas des placements contractuels en participation au comptant, les clients ont remis leurs avoirs au recourant pour que celui-ci les investisse dans des opérations financières et le recourant s'engageait à leur rendre le 100 % du capital ainsi qu'un rendement allant jusqu'à 30 %. Dès lors qu'il était tenu par contrat d'investir les valeurs remises dans des opérations financières, le recourant avait aussi, jusqu'à leur investissement, l'obligation d'en conserver constamment la contre-valeur. Or, au lieu d'investir ces valeurs sur les marchés financiers, il les a utilisées pour ses besoins propres et pour ceux de sa société (par exemple pour payer les loyers des locaux de H._____ et les salaires des collaborateurs). De la sorte, il a employé sans droit, à son profit ou au profit d'un tiers, une valeur patrimoniale au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP.

2.3.2 Le contrat d'option d'achat prévoit que le vendeur (Credit Alliance Bank SA) vendait un droit d'emption sur l'achat de ses actions. Le client devait verser le prix sur un compte de H._____, qui était désignée comme agent unique pour vendre une partie des actions. Le recourant n'était pas lié avec les clients par un contrat bilatéral parfait, mais agissait en tant qu'intermédiaire, à charge pour lui de verser ce montant à Credit Alliance Bank SA. L'argent était ainsi versé à H._____ pour une destination économique convenue. Le recourant avait donc l'obligation de conserver les avoirs déposés sur le compte de H._____ et ne pouvait pas en disposer librement. En utilisant cet argent pour son propre usage, le recourant a employé sans droit une valeur patrimoniale qui lui était confiée. Les conditions objectives de l'abus de confiance sont donc réalisées.

2.4 Le recourant conteste avoir agi intentionnellement. Il soutient, non sans témérité, qu'il ignorait à l'époque que les fonds des investisseurs ne faisaient pas l'objet du moindre placement.

Savoir ce que l'auteur voulait, savait ou ce dont il s'accommodait relève du contenu de la pensée, donc de l'établissement des faits, qui ne peuvent être revus dans le cadre d'un recours en matière pénale, à moins qu'ils ne soient entachés d'arbitraire (cf. consid. 1; ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252; 119 IV 1 consid. 5a p. 3).

En l'espèce, l'arrêt attaqué retient, en fait et sans arbitraire (cf. consid. 1), que le recourant savait que la société H._____ n'avait aucune valeur, n'exerçait aucune activité commerciale ni financière et que les fonds des investisseurs n'étaient pas placés. Au vu de ces faits, qui lient la cour de céans, la cour cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral en retenant que le recourant avait agi intentionnellement. Par ailleurs et dans la mesure où les fonds ont été utilisés pour ses propres besoins et pour le fonctionnement de ses sociétés (notamment pour le paiement des loyers et des collaborateurs), ce dernier a bien agi dans un dessein d'enrichissement. L'élément subjectif de l'infraction d'abus de confiance est donc réalisé.

3.

Enfin, le recourant conteste la mesure de la peine. Il reproche à la cour cantonale de ne pas avoir suffisamment tenu compte de l'absence d'antécédents, de son état de santé au moment de la

commission de l'infraction ainsi que de l'effet de la peine sur son activité professionnelle.

3.1 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

Les critères, énumérés de manière non exhaustive par cette disposition, correspondent à ceux fixés par l'art. 63 aCP et la jurisprudence élaborée en application de cette disposition (ATF 134 IV 17 consid. 2.1). Cette jurisprudence conserve toute sa valeur, de sorte que l'on peut continuer à s'y référer (voir ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 21; 127 IV 101 consid. 2a p. 103; 117 IV 112 consid. 1, 116 IV 288 consid. 2a et les références citées). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Par conséquent, celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 134 IV 17 consid. 2.1; 129 IV 6 consid. 6.1 et les références citées).

3.2 Contrairement à ce que soutient le recourant, la cour cantonale a relevé que le casier judiciaire suisse ne mentionnait aucun antécédent. On ne saurait donc lui reprocher de ne pas en avoir tenu compte. Le recourant soutient que son état de santé l'aurait affaibli au point qu'il aurait été dans l'incapacité de comprendre que les projets présentés par ses comparses n'existaient pas en réalité. Par cet argumentation, le recourant conteste à nouveau l'établissement des faits dont on pouvait notamment déduire l'intention. Or, comme vu ci-dessus, la cour cantonale a retenu, sans arbitraire, que le recourant savait que les projets n'existaient pas et que les fonds versés par les clients n'étaient pas investis. Enfin, le recourant fait valoir qu'une nouvelle incarcération entraînerait une forte perte de clientèle. Il est vrai que le juge doit tenir compte, dans une certaine mesure, des effets de la peine sur la vie professionnelle de l'auteur (ATF 121 IV 97 consid. 2d/bb p. 102; 118 IV 21 consid. 1b p. 25). En l'espèce, seule une peine compatible avec le sursis, à savoir de deux ans au maximum, permettrait d'éviter cette conséquence. Une telle peine ne correspondrait toutefois plus à la culpabilité du recourant.

En définitive, le recourant ne cite aucun élément important, propre à modifier la peine, qui aurait été omis ou pris en considération à tort. Il convient dès lors d'examiner si, au vu des circonstances, la peine infligée apparaît exagérément sévère au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation.

En l'espèce, le recourant a commis dix-neuf abus de confiance sur une période de plus d'un an et demi et a ainsi causé un préjudice de près de 1,5 million de francs. Il a activement participé à la mise sur pied de la structure destinée à recevoir l'argent des clients et il en a lui-même disposé, directement ou sur instructions de tiers, à d'autres fins que celles prévues. Il a lésé des personnes de condition modeste pour la plupart, dont certaines ont perdu leurs économies. Dans ces circonstances, la faute du recourant ne peut qu'être qualifiée de grave. Même en tenant compte de l'absence d'antécédents, la peine de trois ans n'apparaît dès lors pas sévère à un point tel qu'il faille conclure à un abus du large pouvoir d'appréciation accordé à la cour cantonale. Mal fondé, le grief tiré de la violation de l'art. 47 doit donc être écarté.

4.

Le recours doit ainsi être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Le recourant qui succombe doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de cassation du canton de Genève.

Lausanne, le 17 juillet 2009

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: La Greffière:

Favre Kistler Vianin