

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1279/2018

Arrêt du 26 mars 2019

Cour de droit pénal

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Denys, Président, Jacquemoud-Rossari et Oberholzer.
Greffière : Mme Kistler Vianin.

Participants à la procédure

1. A. _____,
2. B. _____,
toutes les deux représentées par
Me Vincent Solari, avocat,
recourantes,

contre

1. Ministère public de la République et canton de Genève,
2. X. _____,
3. Y. _____,
4. Z. _____,
représenté par Me Elisabeth Ziegler, avocate,
intimés.

Objet

Décision de non-entrée en matière (escroquerie, gestion fautive),

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours, du 7 novembre 2018 (P/17698/2017 ACPR/648/2018).

Faits :

A.

Le 29 août 2017, A. _____ et B. _____ ont déposé une plainte pénale contre X. _____, Y. _____ et Z. _____, pour escroquerie et gestion fautive.

A l'appui de leur plainte, elles exposaient que, par l'intermédiaire de C. _____, respectivement leur gendre et mari, elles avaient accordé chacune, le 15 mars 2016, un prêt de 100'000 fr. à la société D. _____ SA dont X. _____, Y. _____ et Z. _____ 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. Leur argent n'aurait pas été consacré, comme il l'aurait dû, au développement de D. _____ SA, comme " capital circulant " (" working capital "), mais au paiement de salaires aux précités; il apparaissait même du compte E. _____ de la société que l'argent prêté avait été affecté à de telles fins dans les jours suivant son apport. D. _____ SA était surendettée déjà à la passation des contrats, ce que X. _____, Y. _____ et Z. _____ avaient caché; tardant en outre à déposer le bilan, ceux-ci s'étaient rendus coupables d'escroquerie et de gestion fautive.

B.

Par ordonnance du 23 mai 2018, le Ministère public du canton de Genève a refusé d'entrer en matière sur la plainte pénale déposée le 29 août 2017 par A. _____ et B. _____ contre X. _____, Y. _____ et Z. _____ pour escroquerie et gestion fautive.

C.

Par arrêt du 7 novembre 2018, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise a rejeté le recours formé par A. _____ et B. _____ et confirmé l'ordonnance de non-entrée en matière.

D.

Contre ce dernier arrêt, A. _____ et B. _____ déposent un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral. Elles concluent, principalement, à l'annulation de l'arrêt attaqué et de l'ordonnance de non-entrée en matière et au renvoi de la cause au ministère public pour qu'il procède à tous les actes d'instruction nécessaires. A titre subsidiaire, elles sollicitent l'annulation de l'arrêt attaqué et le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Invités à présenter des observations, le ministère public et la cour cantonale ont renoncé à se déterminer et se sont référés aux considérants de l'arrêt attaqué. Z. _____ a déposé des déterminations, alors que les deux autres intimés y ont renoncé. Les recourantes n'ont pas répliqué.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 143 IV 357 consid. 1 p. 358).

1.1.

1.1.1. Selon l'art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 LTF, la partie plaignante qui a participé à la procédure de dernière instance cantonale est habilitée à recourir au Tribunal fédéral si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles.

On entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP). Le lésé est celui dont les droits ont été touchés directement par une infraction (art. 115 al. 1 CPP). Selon la jurisprudence, est atteint directement dans ses droits le titulaire du bien juridique protégé par la norme, même si ce bien n'est pas unique (arrêt 6B 615/2015 du 29 octobre 2015 consid. 1.1 non publié aux ATF 141 IV 444; ATF 139 IV 78 consid. 3.3.3 p. 81 s.; 138 IV 258 consid. 2.2 et 2.3 p. 262 s.).

Les prétentions civiles envisagées sous l'angle de l'art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 CP sont celles qui sont fondées sur le droit civil et doivent en conséquence être déduites ordinairement devant les tribunaux civils. Il s'agit principalement des prétentions en réparation du dommage et du tort moral au sens des art. 41 ss CO (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4 s.).

1.1.2. En vertu de l'art. 42 al. 1 LTF, il incombe à la partie recourante d'alléguer les faits qu'elle considère comme propres à fonder sa qualité pour recourir. Lorsque le recours est dirigé contre une décision de non-entrée en matière ou de classement de l'action pénale, la partie plaignante n'a pas nécessairement déjà pris des conclusions civiles. Quand bien même elle aurait déjà déclaré des conclusions civiles (cf. art. 119 al. 2 let. b CPP), il n'en reste pas moins que le procureur qui refuse d'entrer en matière ou prononce un classement n'a pas à statuer sur l'aspect civil (cf. art. 320 al. 3 CPP). Dans tous les cas, il incombe par conséquent à la partie plaignante d'expliquer dans son mémoire au Tribunal fédéral quelles prétentions civiles elle entend faire valoir contre l'intimé. Comme il n'appartient pas à la partie plaignante de se substituer au ministère public ou d'assouvir une soif de vengeance, la jurisprudence entend se montrer restrictive et stricte, de sorte que le Tribunal fédéral n'entre en matière que s'il ressort de façon suffisamment précise de la motivation du recours que les conditions précitées sont réalisées, à moins que l'on puisse le déduire directement et sans ambiguïté compte tenu notamment de la nature de l'infraction alléguée (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4 s.).

1.2. En l'espèce, les recourantes dénoncent la commission des infractions de gestion fautive (art. 165 CP) et d'escroquerie (art. 146 CP).

1.2.1. L'infraction de gestion fautive, qui figure parmi les infractions contre le patrimoine (art. 137 à 172ter CP), tend à protéger le patrimoine des créanciers et la poursuite pour dettes elle-même, en tant que moyen d'assurer le respect des droits de ces derniers (arrêt 6B 1024/2016 du 17 novembre 2017 consid. 1.2; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3e éd., 2010, n° 1 ad art. 163 CP; NADINE HAGENSTEIN, in Basler Kommentar, Strafrecht, 3e éd. 2013, n° 1 ad art. 163 CP; JEANNERET/HARI, in Commentaire romand, Code pénal II, 2017, n° 4 ss ad art. 163/164 CP). Les créanciers individuels directement touchés sont donc légitimés à se constituer partie plaignante dans la procédure pénale (arrêts 6B 551/2015 du 24 février 2016 consid. 1.2; 6B 252/2013 du 14 mai 2013 consid. 2.2; MAZZUCHINI/POSTIZZI, in Basler Kommentar, StPO/JStPO, 2e éd. 2014, n°

60 ad art. 115 CPP; ANDREW M. GARBARSKI, Qualité de partie plaignante et criminalité économique: quelques questions d'actualité, in RPS 130 (2012) p. 160, spéc. p. 182 ss).

Les recourantes exposent avoir conclu, avec la société D. _____ SA, deux contrats de prêt en date du 15 mars 2016, par lesquels elles prêtaient chacune 100'000 fr. à la société. Comme la société est tombée en faillite en décembre 2016, elles n'ont pas perçu les intérêts convenus ni récupéré le capital. En tant que créancières de D. _____ SA, elles sont directement touchées par la prétendue infraction de gestion fautive et, partant, elles revêtent la qualité de partie plaignante. Les conditions posées à l'art. 81 al. 1 LTF sont donc réalisées, de sorte que la qualité pour recourir doit leur être reconnue s'agissant de l'infraction de gestion fautive.

1.2.2. L'art. 146 CP vise à protéger les intérêts pécuniaires du lésé (ATF 129 IV 53 consid. 3.2 p. 57 s. et les références citées; arrêt 6B 549/2013 du 24 février 2014 consid. 2.2.1). Selon les recourantes, les intimés leur ont présenté frauduleusement une société saine, alors que celle-ci était en état manifeste de surendettement, dans le but de leur soutirer 200'000 francs. La condamnation de ceux-ci pour escroquerie leur permettrait d'être dédommagées à hauteur du montant prêté. Les conditions posées à l'art. 81 al. 1 LTF sont également réalisées concernant cette dernière infraction.

2.

Les recourantes reprochent à la cour cantonale d'avoir confirmé l'ordonnance de non-entrée en matière s'agissant des infractions d'escroquerie (art. 146 CP) et de gestion fautive (art. 165 CP).

2.1. Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a 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.

Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage " in dubio pro duriore ". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) 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. En cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer. 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'une infraction grave. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral revoit avec retenue (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

2.2. Les recourantes critiquent la confirmation de l'ordonnance de non-entrée en matière pour l'infraction de gestion fautive.

2.2.1. Aux termes de l'art. 165 CP, le débiteur qui, de manières autres que celles visées à l'art. 164 CP, 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, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'art. 29 let. a CP rend également punissable l'organe d'une personne morale qui cause ou aggrave le surendettement par sa propre négligence.

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; plus récemment arrêt 6B 726/2017 du 20 octobre 2017 consid. 1.2). L'art. 165 CP ne vise que les fautes de gestion économiques grossières. Constitue en particulier une négligence coupable dans l'exercice de sa profession au sens de l'art. 165 CP l'omission de faire l'avis au juge exigé par l'art. 725 al. 2 CO en cas de surendettement (arrêts 6B 985/2016 du 27 février 2017

consid. 4.1.1; 6B 199/2016 du 8 décembre 2016 consid. 2.3.3).

L'art. 725 al. 2 CO prévoit qu'en cas de surendettement de la société, le conseil d'administration doit aviser le juge " à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif ". La postposition de créance est un contrat par lequel un créancier s'engage, en cas de faillite de son débiteur, à renoncer à sa créance dans la mesure nécessaire à la couverture de toutes les autres créances (BRUNO KISTLER, La postposition, in L'expert-comptable suisse 1996, p. 479 ss, spéc. 480). Le contrat est conclu entre la société et le créancier et ne nécessite l'approbation ni des actionnaires, ni des autres créanciers. La postposition n'est toutefois pas un abandon de créance, de sorte qu'elle n'élimine pas le surendettement (arrêts 4A 277/2010 du 2 septembre 2010 consid. 2.3; 4A 188/2008 du 9 septembre 2008 consid. 4.5; 4C.58/2007 du 25 mai 2007 consid. 4.3). Pour éviter que la société ne tombe en faillite, la postposition devra, en règle générale, être accompagnée de mesures de restructuration et d'assainissement (arrêt 4C.47/2003 du 2 juillet 2003 consid. 2.2; BRUNO KISTLER, La postposition, in L'expert-comptable suisse 1996, p. 586 ss, spéc. 591). En l'absence de toute perspective de redressement, une postposition suffisante du point de vue comptable ne libère pas le conseil d'administration de l'obligation d'aviser le juge en cas de surendettement (HANSPETER WÜSTINER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5e éd. 2016, n° 47 ad art. 725 CO; CATHRINE KONOPATSCH, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, in RPS 134/2016 p. 196 ss, spéc. p. 210). Un report de l'avis au juge n'est admissible que pour un cours laps de temps, à savoir pendant quelque semaines, voire plusieurs mois (délai de grâce; Toleranzfrist; cf. arrêt 6B 492/2009 du 18 janvier 2010 consid. 2.3.2, selon lequel un report de 94 jours est illicite; CATHRINE KONOPATSCH, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, in RPS 134/2016 p. 196 ss, spéc. p. 201). Sur le plan pénal, l'auteur est puni pour avoir dû reconnaître le risque de l'insolvabilité et pour l'avoir pris, ou pour l'avoir nié d'une manière irresponsable (cf. ATF 115 IV 38 consid. 2 p. 40).

2.2.2. La cour cantonale a admis qu'il ressortait des déclarations de l'un des intimés à l'office des faillites et du bilan 2015 remis à la police que la société D._____ SA était en état de surendettement déjà en 2015. Elle a toutefois relevé que des mesures correctives avaient été prises, à savoir la postposition de créance, la diminution des salaires ainsi que des licenciements. Elle a ajouté qu'un bilan intermédiaire avait été dressé à la fin juin 2016. Elle a conclu qu'en avisant le juge le 2 novembre 2016, les intimés n'avaient pas fait preuve d'une irresponsabilité grossière qui aurait aggravé la situation de D._____ SA.

2.2.3. Il semble admis que la société D._____ SA était en état de surendettement déjà en 2015. Dans un tel cas, le conseil d'administration doit en principe en aviser le juge (cf. art. 725 CO). Les éléments figurant dans l'arrêt attaqué ne permettent pas de déterminer si les intimés ont respecté les obligations qui leur sont imposées par l'art. 725 CO. On ignore d'abord la date du surendettement, de sorte que l'on ne peut pas apprécier si les intimés ont agi à temps. Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis au juge immédiat si des mesures tendant à un assainissement concret sont prises. La cour cantonale mentionne à cet égard des mesures correctives (postposition de créance, diminution des salaires et licenciements), mais elle ne donne aucune indication sur celles-ci, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si ces mesures offraient des perspectives de succès sérieuses. En l'absence de toute mesure d'instruction, il n'apparaît donc pas possible d'exclure, à ce stade de la procédure, que les intimés n'aient pas gravement violé l'art. 725 al. 2 CO en tardant à aviser le juge. Au vu de l'état de fait lacunaire de l'arrêt attaqué, il est aussi impossible d'écarter toute autre faute de gestion (dépenses exagérées ou utilisation à la légère de crédits).

2.2.4. En définitive, la cour cantonale a violé l'art. 310 CPP en excluant tout soupçon de commission d'actes de gestion fautive au sens de l'art. 165 CP à ce stade de la procédure et en confirmant l'ordonnance de non-entrée en matière. Le recours doit donc être admis sur ce point.

2.3. Il n'y a pas lieu de traiter le grief tiré de la violation de l'art. 310 CPP et de l'art. 146 CP (escroquerie). En effet, conformément au principe de l'unité de la procédure (art. 29 CPP), il convient d'annuler l'ordonnance de non-entrée en matière dans son intégralité et de renvoyer l'ensemble de l'affaire au ministère public pour complément d'instruction.

3.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis, l'arrêt attaqué, annulé et la cause renvoyée à la

cour cantonale pour nouvelle décision.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais (art. 66 al. 1 LTF).

Les recourantes qui obtiennent gain de cause ont droit à des dépens, pour moitié, à la charge de l'intimé Z. _____ qui a conclu au rejet du recours et, pour moitié, à la charge du canton de Genève (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

3.

Une indemnité de 3000 fr., à verser aux recourantes à titre de dépens, est mise, pour moitié, à la charge du canton de Genève et, pour moitié, à la charge de l'intimé Z. _____.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours.

Lausanne, le 26 mars 2019

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Denys

La Greffière : Kistler Vianin